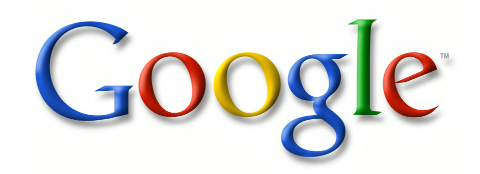





SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



ZUR GESCHICHTE

DES

RÖMISCHEN FRAUEN-ERBRECHTS.

EINE VON DER JURISTEN-FACULTÄT LEIPZIG
GEKRÖNTE PREISSCHRIFT

VON

Dr. FRANZ KAHN.



LEIPZIG,
DRUCK UND VERLAG VON BREITKOPF & HÄRTEL
1884.

ZUR GESCHICHTE

DES

RÖMISCHEN FRAUEN-ERBRECHTS.

EINE VON DER JURISTEN-FACULTÄT LEIPZIG
GEKRÖNTE PREISSCHRIFT

VON

DR. FRANZ KAHN.



LEIPZIG,
DRUCK UND VERLAG VON BREITKOPF & HÄRTEL.
1884.

VORWORT.

Die vorliegende Schrift ist ihrem Wesen nach die der Facultät im Juli v. J. als Bearbeitung der gestellten Preisfrage: »Die erbrechtliche Stellung der Frauen nach dem römischen Recht geschichtlich entwickelt«, eingereichte. Doch war damals die Form eine etwas verschiedene. Um dem Titel Genüge zu leisten, hatte ich das Ganze in zwei Theile disponirt. Der erste enthielt die Einzeluntersuchungen, der zweite in kurzer Fassung die geforderte geschichtliche Entwicklung. Dabei war ich mir deutlich bewusst, dass der Schwerpunkt der Arbeit sehr entschieden in dem ersten Theile lag.

Als ich nun aber — ermuntert vorzüglich durch das weit über meine Erwartungen hinausgehende, ungewöhnlich günstige Urtheil der Facultät — an die Publication herantrat, erschien es mir angemessen, die Arbeit auch in ihrer äusseren Form als das zu geben, was sie in der That ist: nicht Darstellung einer geschichtlichen Entwicklung, sondern Forschungen über einzelne Punkte derselben. Der frühere zweite Theil

schrumpfte jetzt zu einer »Schlussbetrachtung« zusammen. Ihn, wie ich anfänglich vorhatte, vollständig zu unterdrücken, hielt ich deshalb nicht für angezeigt, weil er, wie mir scheint, dem Ganzen doch einen gewissen Abschluss verleiht, das Band darstellt, welches den losen Zusammenhang der voraufgehenden Einzeluntersuchungen etwas fester knüpft.

Mannheim, im August 1884.

Der Verfasser.

INHALTS-VERZEICHNISS.

Seite

I. Capitel.
Recht der ältesten Zeit 1

II. Capitel.
Der Ausschluss der Agnatinnen von der legitima hereditas 13

III. Capitel.
Die Lex Voconia 25

IV. Capitel.
Die Lex Papia Poppaea in Bezug auf das testamentarische Erbrecht der Frauen 57

V. Capitel.
Späteres Schicksal der Lex Voconia 73

VI. Capitel.
Formelles Notherbrecht 81

VII. Capitel.
Schlussbetrachtung 106

I. Capitel.

Recht der ältesten Zeit.

Fast bei allen Völkern finden wir von Anfang an eine erhebliche Zurücksetzung der Frauen im Systeme des Erbrechts. Entweder es sind beim Vorhandensein gleich naher[1]), oder auch entfernterer[2]) männlicher Verwandten die weiblichen von der Succession vollständig ausgeschlossen, oder es sind ihre Erbportionen kleinere[3]) oder sie haben anstatt des Erbrechts überhaupt nur einen Anspruch auf Alimentation[4]). Eine solche Beschränkung findet sich nicht allein bei den polygamischen Orientalen, welchen die Frau fast einer Sclavin gleich gilt[5]), sondern ebenso bei den streng monogamischen Völkern, bei den Germanen, die ja im Weibe fast ein Wesen höherer Art erblicken[6]): sie entspringt nicht einer Missachtung der Frau, sondern dem natürlichen Bestreben einer rauheren Zeit, in der

---

1) So im mosaischen Recht, wo sie ursprünglich gar nicht erben. S. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung (I S. 147). Aehnlich im attischen Recht (I S. 338 ff.), in Norwegen (IV S. 576), in Island (IV S. 510), im Rechtsbuch der Insel Gothland (IV S. 670). Vergl. für das germanische Recht Gerber, System d. deutschen Privatr. (14. Aufl.) § 251, bes. n. 7.

2) So in Indien, wo die Urenkel vom Sohn noch die Tochter ausschliessen (Gans I S. 85).

3) So im moslemitischen Erbrecht (Gans I S. 198), in Dänemark (IV S. 620) und in Schweden (IV S. 650).

4) So in China. Gans I S. 119.

5) Vergl. Gans I S. 191 ff.

6) Tacitus Germ. c. 8. Vergl. Gans IV S. 490 f.

es noch mannigfaltig gilt, sein Recht mit der Faust zu bewähren[1]), den zu einer derartigen Bewährung Untauglichen auch geringere Rechte zu concediren.

Wenn irgendwo, haben wir eine scharfe Ausprägung dieses Gedankens zu erwarten von dem kriegerischen Stamme der alten Römer. Und doch finden wir im ältesten römischen Intestaterbrecht von einer Zurücksetzung der Frauen keine Spur. Wir haben vielmehr bestimmte und zuverlässige Zeugnisse dafür, dass das Zwölftafelgesetz ohne jede Unterscheidung Männer wie Weiber zur Erbfolge berief[2]). Woher diese überraschende Erscheinung?

Wir finden ihre Erklärung darin, dass das agnatische System der Erbfolge, wenn auch in sich selbst durchaus nicht eine Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts involvirend, doch in Verbindung mit den Familienverhältnissen der ältesten Zeit in seiner Anwendung eine solche Zurücksetzung nothwendig mit sich brachte. An sich involvirte das agnatische System keine Zurücksetzung der Frauen. Die gegentheilige Meinung liegt sehr nahe[3]), ist aber gewiss nicht begründet. In der alten römischen Volksgemeinschaft bestanden als in sich fest ge-

---

1) S. bes. Jhering, Geist des röm. Rechts (4. Aufl. 1878) I S. 120 ff.

2) Paul. rec. sent. IV 8 § 22; Ulp. fragm. XXIX 5; C. 4 pr. de lib. praet. (6, 28); C. 14 pr. de leg. her. (6, 58); § 3a J. de leg. adgn. suc. (3, 2); vergl. Mommsen, Römische Gesch. (6. Aufl.) I S. 153. S. auch unten S. 14 ff.

3) Sie war namentlich vertheidigt worden von Hugo, Commentatio de fundamento successionis ab instestato ex jure Romano antiquo et novo 1785, als er Ausschluss der Weiber vom ältesten Intestaterbrecht behauptete (gestützt auf eine Reihe von unschwer zu entkräftenden Gründen), was er später selbst zurücknahm (Rechtsgesch. [9. Aufl.] S. 208). S. dessen Comment. § VIII u. XXII: »*favor agnatorum ex feminarum exclusione natus est*«. Aber auch im civilistischen Magazin II S. 98: »dass ohne dieses Princip (Ausschliessung der Frauen nämlich) die Ausschliessung der Cognaten höchst inconsequent wäre«; und S. 105: »Man nenne mir doch irgend ein Volk, wo eine Tochter ganz eben das Recht gehabt hätte, wie der Sohn, aber der Enkel durch sie gar keine, die Enkelin durch ihn alle«.

schlossene Kreise mit gemeinsamen Heiligthümern, eigener Gerichtsbarkeit und Disciplin, als Staaten im Staate, und als Prototyp des ganzen Staates die engere Einheit der Familie und die weitere der Gens[1]). Es war die natürlichste aller Consequenzen, dass, wenn es sich um die Beerbung eines Bürgers handelte, der Kreis, mit dem er im Leben schon in engster Vermögensgemeinschaft gestanden hatte, herangezogen wurde. Da nun bei diesem Begriff der Familie und der Gens unmöglich Jemand in zwei Familien oder Gentes zugleich stehen, so wenig wie zwei verschiedenen Staatsgewalten unterworfen sein konnte, und Mann, Frau und Kinder doch mit einander in einer und derselben engsten Gemeinschaft stehen mussten, so war nothwendigerweise bei einer Heirath eine von zwei Familien von den Ehegatten aufzugeben[2]). Welche, das ist selbstverständlich; dass die Frau dem Manne folgt und nicht umgekehrt, ist ein Satz, der zu allen Zeiten gilt und nicht eine besondere rechtliche Beschränkung der Frauen im alten Rom bedeutet. Folglich entsteht weder der Satz, dass eine verheirathete Frau ihre natürliche Familie nicht beerbt, noch namentlich der, dass Cognaten von der Erbfolge ausgeschlossen sind, aus der Tendenz, die Frauen zurückzusetzen[3]). Wohl aber, sagten wir, ergab sich eine solche Zurücksetzung nach der Natur der familienrechtlichen Verhältnisse ganz von selbst in der Anwendung. Die Frau war regelmässig ihr Leben lang entweder *in*

---

1) Vergl. bes. Jhering I S. 183—205; Lange, Römische Alterthümer (2. Aufl.) I S. 90 ff.

2) Vergl. Lange a. a. O. S. 100 ff.

3) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das Erbrecht der selbständigen Agnaten schon von Alters her bestand oder, wie es die Quellen höchst wahrscheinlich machen, erst durch die 12 Tafeln eingeführt wurde (vergl. Brinz, Pandectenlehrbuch 1. Aufl. II S. 737 [§ 173]; Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts [2. Aufl.] II S. 95 u. 110). Denn klar ist jedenfalls, dass die Idee dieses Agnatenrechts nur aus jenem Familienprincip hervorgeht, da der Begriff der Agnatschaft entsteht durch die Fiction, der gemeinsame Gewalthaber lebe noch.

patria potestate oder *in manu mariti*[1]). In beiden Fällen aber konnte sie thatsächlich niemals selbst nächster Intestaterbe irgend Jemandes sein; denn ihr Gewalthaber vermittelte ja erst alle ihre agnatischen Beziehungen, stand ihr also stets als näherer Agnat im Wege, wo es sich um eine Intestaterbschaft handelte. Zudem hatte die Frau *in patria potestate* oder *in manu mariti* ja gar nichts Eigenes, erwarb Alles dem Gewalthaber[2]). War sie aber auch *sui juris* — und dies war meist nur ein Uebergangsstadium für sie, wie bei der noch unverheiratheten Waise, oder der Wittwe während der Trauerzeit[3]) — so hatte sie wohl schon seit den ältesten Zeiten[4]) einen Tutor, der (da er selbst gewöhnlich der nächste Erbberechtigte war) ihr gewiss wenig mehr Freiheit in der Vermögensverfügung liess, wie der Vater oder Gatte; ja es war die Tutel der ältesten Zeit wohl kaum von der *potestas* verschieden[5]), so dass man von einem eigentlichen *sui juris esse* bei Frauen gar nie sprechen konnte. So trat der Fall, dass eine Frau Vermögen in freie Verfügung und Verwaltung bekam, überhaupt nicht ein. Und schon deshalb wurde ein Bedürfniss nach Zurücksetzung der Weiber im Erbrecht gar nicht fühlbar.

Wir haben bisher nur vom Intestaterbrecht gesprochen. Nur hierauf beziehen sich die sicheren Aussprüche der Quellen. Was uns dagegen von testamentarischen Erbeinsetzungen der Frauen aus der ältesten Zeit berichtet wird, ist von sehr zwei-

---

1) Das war jede verheirathete Frau noch. Vergl. Rein, Röm. Privatr. S. 182; Lange a. a. O. S. 100 ff.

2) Vergl. Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe (1853) S. 12 n. 34 und die dort citirten Quellenstellen; S. 16; Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten (1824) S. 85.

3) Vergl. Plutarch, Numa 10.

4) S. Hasse a. a. O. S. 208 f.

5) Dafür spricht schon die gleichmässige Nebeneinanderstellung der drei Gewalten bei Livius XXXIV 2: in manu esse parentum, fratrum, virorum. Vergl. Rossbach a. a. O. S. 32.

felhafter Glaubwürdigkeit[1]). Man folgert gewöhnlich dem gegenüber aus der comitialen Natur des ältesten Testamentes, dass Weiber unmöglich darin eingesetzt werden konnten.

Um hierüber etwas sagen zu können, und noch mehr um den rechtlichen Inhalt dessen, was wir sagen können, zu verstehen, müssen wir nothwendigerweise auf die Frage näher eingehen, was das testamentarische Erbrecht jener Zeit überhaupt bedeutete, mit anderen Worten, was das älteste Testament seiner Natur nach war. Hauptsächlich stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen war jenes Testament, das vor dem versammelten Volke oder dem zur Schlacht ausrückenden Heere errichtet wurde[2]), nur eine *lex specialis*[3]), eine vom Volke in den Comitien gewährte Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge, nach der anderen, entgegengesetzten, war es bereits völlig ein Testament im späteren Sinne, basirend allein auf dem Willen des Testators, wobei das Volk nur als Testamentszeuge fungirte, ohne jede votirende Stimme[4]). Gegen beide Ansichten sprechen grosse Bedenken. Wenn das Testa-

---

1) Vergl. Plut. vita Romuli § 5; quaest. Rom. c. 35; Macrob. sat. I 10; Gell. VI 7.

2) Gai. II 101: »*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt; nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus; alterum itaque in pace, alterum in proelium exituri*«. Gellius Noct. Att. XV 27 § 2.

3) So Jhering I S. 115 ff.; IV S. 146 ff.; Mommsen, Röm. Gesch. I S. 153; Röm. Staatsr. II S. 36; vergl. übrigens Vering, Röm. Erbr. S. 121 ff., die Anhänger dieser Ansicht S. 132 n. 1 u. 2; gegen die Annahme, dass mit der testamentarischen Einsetzung stets Arrogation verbunden gewesen sei (zuerst ausgeführt von Gans, anerkannt von Puchta [Inst. II S. 435 n. a], am weitesten ausgeführt bei Vering S. 121—150), s. bes. Danz II S. 110 ff., auch Hölder, Beiträge zur Gesch. d. röm. Erbr. (Erlangen 1881) S. 34.

4) Ausgeführt bes. bei Dernburg, Beiträge z. Gesch. d. röm. Testamente (1821) S. 15—75, bes. §§ 10—12, ebenda eine Reihe von Gründen gegen die andere Auffassung; Becker, Handb. d. röm. Alterth. II S. 365 ff.; Lange, Röm. Alterth. (2. Aufl.) I S. 158 ff.; Danz II S. 109 ff.; weitere Anhänger vergl. Becker S. 366 n. 10.

ment in jenen Zeiten nur das in Ausnahmefällen Eintretende war, das durch ein besonderes Gesetz als Dispensation vom allgemeinen Gesetz Gewährte, wie lässt es sich begreifen, dass schon in so früher Zeit die Anschauung der Römer die ganz entgegengesetzte geworden wäre und das Testament als die entschiedene Regel, ja als das Primäre auftritt, die gesetzliche Erbfolge als das nur Subsidiäre [1])? Ja, dass dies schon als die Auffassung des Zwölftafelgesetzes angesehen werden muss, wie der Satz: »*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*« [2]) deutlich offenbart? Die unendliche Wichtigkeit, welche zu allen Zeiten die Römer auf die Testamentserrichtung als eine der ernstesten, aber auch selbstverständlichsten Handlungen des freien Mannes legten [3]), weist schon darauf hin, dass hier nicht, wie bei anderen Völkern, das Testament erst aus dem Bedürfniss hervorgegangen ist, Abänderungen der gesetzlichen Erbfolge herbeizuführen und Unvollkommenheiten auszugleichen [4]), sondern dass wir es hier mit einer der Grundideen des römischen Rechts zu thun haben; dass es, seit es überhaupt Erbrecht gab, Anschauung der Römer war, dem *pater familias*, der während seines Lebens absoluter Herrscher über Alles war, was zu seinem Hauswesen gehörte,

---

1) Vergl. dazu Lassalle, System d. erw. R. II S. 241 ff., 263 ff.; Danz II S. 110 sub 1.

2) Ulp. XXVI 1; (Cic.) ad Herenn. I 13.

3) Vergl. Kuntze, Excurse über röm. Recht (2. Aufl.) S. 613 ff.; Lassalle a. a. O., speciell auch S. 22. Wiewohl sicherlich die Stelle, welche Lassalle S. 244 n. 1 als am allerbesten diesen Gedanken charakterisirend anführt, der Fluch bei Plaut. curc. V 2, 24: »*Jupiter male te disperdat, intestatus vivito*«, den der Sprechende gegen Jemanden ausstösst, der sich geweigert hatte, ihm als Zeuge zu dienen, nicht zu übersetzen ist: »Mögest Du ohne Testament sterben«, sondern vielmehr: »Mögest Du Dein Leben lang niemals einen Zeugen finden (wenn Du irgend eine wichtige Handlung vorzunehmen hast), so wie Du mir jetzt das Zeugniss verweigerst«. Darin ist ja allerdings auch enthalten, dass er nicht testiren könne, aber dass dies nicht »auf einem Umwege zu demselben Resultat führt«, das bedarf wohl keiner besonderen Ausführung.

4) Jhering I S. 147 f.

stehe es auch zu, die Norm anzugeben, die nach seinem Tode dasselbe regeln sollte; dass also nicht im Gegensatz zur gesetzlichen Erbfolge ein Testament errichtet wurde, sondern meist gerade im Einklang damit, und dass umgekehrt das gesetzlich fixirte Erbrecht gerade der Ausdruck des regelmässigen Willens des Testators war, gewissermaassen ein Testament *in abstracto*. Zuzugeben, dass die Einsetzung der *sui heredes*, weit entfernt der Natur des ältesten Testaments zu widersprechen, vielmehr der Ausgangspunkt aller Testamente gewesen sein wird[1]), und andererseits aufrecht zu erhalten, dass die Intestaterbfolge der *sui* älter als alle Testamentserbfolge gewesen sei, scheint mir ganz unmöglich. Welches so dringende Bedürfniss sollte jemals die Entstehung eines so ungewöhnlichen Instituts, wie dieses Testament ist, veranlasst haben, wenn doch durch dasselbe wesentlich gar nichts Neues erreicht wurde, wenn »Ausgangspunkt« die Einsetzung der so wie so erbenden *sui heredes* war? Etwa der Wunsch, legiren zu können? Welchen Sinn hätte gerade die imperativische Form des *heres esto*, worauf Hölder doch sonst so viel Nachdruck legt, Personen gegenüber, die auch ohne diesen Befehl schon von selbst Erben waren? Unbegreiflich ist uns, wie Hölder daraus, dass »allem Anscheine nach die Formel *heres esto* die ursprüngliche Form der Erbeinsetzung ist«, ableiten will, dass das gesetzliche Erbrecht vor dem testamentarischen bestanden haben müsse. Die Argumentirung: Das Testament hat somit »von Anfang an zu einer Stellung berufen, die es nicht definirt und daher auch nicht erst schafft, deren Begriff und Existenz es vielmehr als gegeben voraussetzt. Es muss daher der *testamentarius heres* einem älteren nachgebildet sein«[2]) — ist doch nichts weniger als überzeugend. Rechtsbegriffe, die sich aus einem Volke

1) Hölder, Beiträge S. 34.
2) Hölder a. a. O. S. 20.

herausbilden, pflegen doch bei ihrer ersten Entstehung am allerwenigsten definirt zu werden; und nun gar von den Uranfängen des römischen Volkes eine solche Definition zu erwarten, eines Volks, das selbst in der vollen Entwickelung seiner Rechtswissenschaft und Cultur Rechtsdefinitionen fast ostentativ aus dem Wege ging! Ebenso wenig stichhaltig scheint uns der Einwurf, dass, wenn »der Begriff des Testaments ein nicht innerhalb des römischen Rechts erst entstandener wäre«, es unbegreiflich sei, »dass von Alters her ausschliesslich in solchen Formen testirt werden konnte, welche unmittelbar auf der (politischen und kriegerischen) Organisation des römischen Gemeinwesens beruhen«[1]. Warum soll nicht ein so wichtiger Rechtsakt, wie die Testamentserrichtung, von Anfang an nur vor dem versammelten, natürlich organisirt versammelten Volke haben vorgenommen werden dürfen, in ähnlicher Weise, wie z. B. bei den alten Germanen die Mannbarkeitserklärung[2]? Denn ein Rechtsakt von der eminentesten Wichtigkeit musste ja allerdings das Testament sein, zumal in jenen Zeiten des engen Familien- und Gentilverbandes, wo die ganze Gens daran interessirt war, dass nicht etwa ihr geschlossenes Gesammtvermögen durch solche letztwillige Verfügungen geschädigt werde, oder ihre einzelnen Glieder durch Entziehung des ihnen regelmässig zustehenden Familienvermögens verarmten und der Gesammtheit zur Last fielen, wo ferner die Aufrechterhaltung der *sacra*, und ihre sorgfältige Fortentrichtung nach dem Tode eines *pater familias* eine den so mächtigen *pontifices* sehr wichtige Sache war, — ein Rechtsakt von der eminentesten Wichtigkeit, von dem es unter diesen Umständen — und dies führt uns auf die andere Seite — höchst unwahrscheinlich ist, dass er völlig

---

1) Hölder a. a. O. S. 23 n. 2.

2) Tacit. Germ. c. 13 .... »*in ipso concilio vel principum aliquis vel pater vel propinqui scuto frameaque juvenem ornant*«.

der Willkür des Einzelnen hätte preisgegeben sein sollen[1]). Es wäre gewiss auch höchst sonderbar, w nn zu einem Akt, der rein auf der Willkür des Einzelnen beruhte, das ganze Volk jedesmal hätte in geschlossener Versammlung Zeugniss leisten müssen[2]). Eine derartige rein passive Assistenz des ganzen Volkes (ob man nun vorherige *causae cognitio* durch die *pontifices* und in der Versammlung selbst freie Entscheidung des Königs annimmt, oder was immer sonst) wird weder durch das Interesse der Schuldner, die Universalsuccessoren ihres Gläubigers zu kennen, noch durch das Streben nach unverfälschter Ueberlieferung[3]) genügend motivirt. Nein, das Volk muss sich activ betheiligen können und sollen, sonst versammelt man keine Comitien. Eine solche active Betheiligung können wir uns aber in diesem Falle sehr wohl denken, sie hatte einen sehr guten Sinn und brauchte durchaus nicht in einer Abstimmung über das einzelne Testament zu bestehen[4]). In der Weise nämlich, dass gegen dieses bedeutsame Rechtsgeschäft des Einzelnen — das alle möglichen privaten und öffentlichen Interessen verletzen konnte, und das, einmal vollbracht, eine Kraft erlangte, wie kein anderes — Jeder aus dem Volk in den Stand gesetzt sein sollte, seine etwaigen Ein-

---

1) Vergl. Kuntze, Cursus des röm. Rechts § 817: »Freies Testiren ... ist geradezu unverträglich mit einem sacral geordneten Geschlechterwesen«. S. ferner bes. Hölder a. a. O. S. 24 ff.; 36.

2) Jhering I S. 146: »Warum in aller Welt zum blossen Zweck der Constatirung einer Thatsache das gesammte Volk als Zeugen zuziehen? Man begreift in der That dieses practische Volk nicht, dass es einen Zweck, der sich auf die einfachste Weise durch einige wenige Zeugen erreichen liess, auf eine für die Testatoren nicht minder, wie für das Volk höchst umständliche und lästige Art hätte verfolgen sollen«.

3) »Die denkbar stärkste Garantie gegen Aussterben der Zeugen« (Hölder S. 38) lag allerdings in einem solchen Zeugniss des ganzen Volks. Man könnte hinzufügen auch die »denkbar stärkste Garantie« gegen etwaiges Ausbleiben oder Verhindertsein der Zeugen.

4) Vergl. zur Frage der Abstimmung Danz II S. 110 sub 1, bes. Hölder S. 39 ff.

wände und Einspruchsrechte vorzubringen, widrigenfalls er sich es selbst zuzuschreiben hatte, wenn ihm später Nachtheile daraus erwuchsen: eine Art einfaches Aufgebotsverfahren, ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit. Wer darüber entschied, ob ein geschehener Einspruch begründet sei, lässt sich nur vermuthen: wahrscheinlich die *pontifices*, deren Einfluss auf das älteste Privatrecht ja bekannt ist[1]), und deren Rechtsprechung hier mit Rücksicht auf die *sacra* besonders am Platze scheint. So erklärt sich auch, dass es nicht im Belieben des ernannten Erben liegen konnte, nachträglich die Erbschaft anzunehmen oder abzulehnen, was ja zweifellos dem ganzen Charakter dieses Testamentes widersprochen hätte. Nachträglich ablehnen konnte der ernannte Erbe nicht *(heres esto!)*, aber gewiss konnte er sich weigern — wofern er nicht etwa eine natürliche Verpflichtung hatte, Erbe des Testators zu werden[2]) — sich überhaupt zum Erben ernennen zu lassen. Der natürlichste und gerechtfertigtste Widerspruch gegen ein Testament war wohl dieser. Hölder erklärt freilich die Annahme einer »bei der Testamentserrichtung selbst abgegebenen Einwilligung des Erben für ausgeschlossen«. Es hätte dann »die Einsetzung selbst nicht in imperativischer Form erfolgen können und vor Allem hätte von ihr nicht nur das weibliche Geschlecht, sondern auch das heranwachsende Alter wegen der ihm fehlenden *comitiorum communio* ausgeschlossen sein müssen«. Der erste dieser beiden Gründe bedarf kaum einer Widerlegung. Nachdem das

---

1) Vergl. Mommsen, Röm. Staatsr. II S. 44 ff.

2) Es scheint mir hier auch der Ursprung des Satzes, dass die *sui ipso jure* Erben werden, gefunden werden zu können. Ein *suus* durfte und konnte in der Volksversammlung keinen Widerspruch dagegen erheben, dass der Vater ihn zum Erben einsetzte, wohl aber jeder *extraneus*. Die Folge war, dass, als man bei Aufkommen des ohne Wissen des Erben errichteten Mancipationstestaments diesem das Recht geben musste, nachträglich die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, zur Ausdehnung dieses Satzes auf die *sui* kein rechtfertigender Grund vorlag.

Pontificalcollegium keinen begründeten Widerspruch gegen das Testament vorgefunden hat, auch der vorgeschlagene Erbe selbst nichts dagegen einwendet, erklärt es feierlich: Ja, das Testament gilt, Titius soll Erbe sein! Was daran wunderbar sein soll, ist uns unerfindlich. Was den zweiten Punkt betrifft, so war in solchen Fällen das Interesse der ganz oder theilweise Handlungsunfähigen zu wahren durch Vertretung (wie z. B. auch vor Gericht) eben der Vormund berufen, und zwar sicherlich schon in den ältesten Zeiten[1]).

Dies führt uns zu unserer Hauptfrage, ob in dem so gearteten Testament Frauen eingesetzt werden konnten: ihre Beantwortung ist in dem Voraufgehenden implicite schon gegeben. Die Form des Testamentes konnte kein Hinderniss bilden, wie man gewöhnlich (nicht auch Hölder nach dem Angeführten) auf Grund von Gellius, Noct. Att. V 19 anzunehmen scheint. Aus guten Gründen musste der zu Arrogirende persönlich bei dem Akte der Arrogation zugegen sein und seine Zustimmung erklären[2]); aus guten Gründen war hierbei eine Vertretung nicht möglich, ja es war gar nicht denkbar, dass sich etwa der Vormund für den Mündel hätte arrogiren lassen. Deshalb war, wegen der mangelnden *comitiorum communio*, die Arrogation eines Weibes unmöglich. Ganz anders liegt die Sache aber bei der Erbeinsetzung, die, wenn auch der Erbe gegen seine Ernennung Widerspruch einlegen kann, doch auch im Comitialtestament ein einseitiger Akt bleibt. Dass aber eventuell der Vormund in der Volksversammlung gegen die Erbeinsetzung des Mündels Verwahrung einlege, hierin, scheint mir, kann auch nicht das geringste Bedenken gefunden werden. — Ein berechtigender Grund für die Annahme, dass

---

1) Vergl. Rudorff, Vormundschaft I S. 55.

2) Gai. I 99: »*et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adopturus sit, justum filium esse: et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur.*«

Frauen im ältesten Testamente nicht eingesetzt werden konnten, läge sonach nicht vor. Allein, wenn die voraufgehenden Entwickelungen richtig sind, so ist eine solche Annahme nicht nur nicht begründet, sondern unmöglich. War das Testament nicht das in Ausnahmefällen Eintretende, sondern das Gewöhnliche; pflegte ein Römer ein Testament zu errichten, auch wenn er seine Kinder zu Erben einsetzte, war das alte Intestaterbrecht nur der Schattenriss des testamentarischen, nur ein präsumtives Testament: so müssen nothwendig auch testamentarisch die Frauen einsetzbar gewesen sein, da sie *ab intestato* erbten.

Wir kommen also zu dem Resultat: In der ältesten Erbfolge bestanden rechtliche Zurücksetzungen der Frauen überhaupt nicht, und dies erklärt sich daraus, dass bei der besprochenen familien- und vermögensrechtlichen Stellung derselben das Bedürfniss einer erbrechtlichen Beschränkung gar nicht entstehen konnte.

II. Capitel.

Der Ausschluss der Agnatinnen von der legitima hereditas.

Das älteste Intestaterbrecht kannte, wie wir sahen, keine Zurücksetzung der Frauen. Und doch bestand bis auf Justinian der offenbar weit in's Alterthum zurückreichende Satz, dass Frauen *ultra consanguineorum gradum* von der *legitima successio* ausgeschlossen seien: ein Satz, der nach Art und Zeit seiner Entstehung in tiefes Dunkel gehüllt ist[1]).

Von Paulus[2]) erfahren wir, dass die Beschränkung »*Voconiana ratione*« eingeführt scheine, durch das »*ius civile*«. Dass unter diesem *ius civile* die *interpretatio prudentium* verstanden ist, sagt uns Justinian, der mit Paulus constatirt, das Zwölftafelgesetz habe keine Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts gekannt, und fortfährt: »*Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, sicut Julius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit, apertissime docuit*«[3]). In der Institutionenstelle gleichen Inhalts[4]) wird diese *posteritas*, die »*subtilitate quadam excogitata*«

---

1) Nach Lassalle allerdings (System II S. 431 ff., bes. S. 433) ist er eine nothwendige Consequenz des Begriffs der Agnatschaft. Es ergiebt sich aus diesem Begriff ganz von selbst nicht nur, dass die *consanguinei* eine besondere Stellung unter den *agnati* einnehmen müssen, sondern auch, dass die Nichte ihren Oheim nicht beerben kann, während er umgekehrt sie beerben muss.

2) rect. sent. IV 8 § 22 = Coll. leg. XVI 3 § 20.

3) C. 14 pr., § 1 de leg. her. (6, 58).

4) § 3a J. de leg. agn. suc. (3, 2).

den Rechtssatz eingeführt habe, zeitlich näher präcisirt als »*media jurisprudentia, quae erat lege quidem XII tabb. junior, imperiali autem dispositione anterior*«. Dasselbe umschreibt Theophilus[1]), ohne wesentlich Neues hinzuzufügen.

Die Unrichtigkeit dieser Angaben des Paulus (der offenbar allein hier Justinian's Gewährsmann ist) hat Schrader[2]) behauptet, und zwar auf Grund von Gajus[3]), welcher geradezu ausspreche, der fragliche Rechtssatz habe schon in den 12 Tafeln gestanden, und dem als »offenbar sehr geschichtlichem und namentlich mit der ältesten Zeit vertrautem« Forscher mehr zu glauben sei, als dem Paulus, »von dessen geschichtlicher Gelehrsamkeit wenig bekannt sei«. Es wäre sehr bedenklich, wenn wir Paulus nicht einmal so viel Gründlichkeit zutrauen dürften, dass er sich über den Inhalt des Gesetzes orientirt hatte, wenn er eine so bestimmte und unzweideutige Behauptung aufstellte, wie: »*lex XII tabb. sine illa discretione sexus agnatos admittit*«. Denn man könnte sich nicht etwa für Paulus darauf berufen, dass möglicherweise das Gesetz über diesen Punkt geschwiegen haben könne: es wäre ganz unglaublich, dass die Decemvirn, die ja gerade vorzugsweise bestehendes Gewohnheitsrecht codificirten, eine derartige Singularität, wie Ausschliessung der Frauen *ultra consanguineorum gradum* nicht in das Gesetz aufgenommen haben sollten, wenn sie dieselbe als geltend vorfanden. Glücklicherweise aber existirt der von Schrader behauptete Widerspruch durchaus nicht. Allerdings sagt Gajus ausdrücklich: »nach Zwölftafelrecht sind die Agnatinnen *ultra consanguineorum gradum* nicht erbberechtigt[4]). Aber unter Zwölftafelrecht versteht Gajus ganz allgemein nicht bloss den positiven Inhalt der zwölf Tafeln, sondern ebenso das

1) Theophilus ad Inst. cit.
2) Schrader, Was gewinnt die röm. Rechtsgesch. durch Gajus Inst. S. 13.
3) Gai. III 23.
4) Gai. l. c.: »*nihil juris ex lege* (sc. XII tabb.) *habent*«.

durch Interpretation der Juristen daran Angesetzte. Dass Gajus an dieser Stelle das besonders ausführe, kann nach dem Zusammenhang gar nicht erwartet werden. In §§ 18—24 recapitulirt er nur ganz kurz die hervorspringenden Härten des *jus legitimum*[1]), das er in den Einzelheiten vorher (§§ 1—17) behandelt hat. Dort aber, wo die in Rede stehende Bestimmung von ihm im Zusammenhange angeführt wird (§ 14), heisst es vielmehr: »*Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum ab his capiendis* ....« eine Ausdrucksweise, die so entschieden wie irgend möglich darauf hinweist, dass der Satz nicht im Gesetze stand, sondern durch Interpretation festgestellt wurde[2]). So ergänzen sich gerade Gajus und Paulus gegenseitig. Wenn wir aus jenem wissen, dass die Beschränkung durch Juristenrecht eingeführt wurde, so erfahren wir durch diesen das Genauere, dass die Einführung im engsten Anschluss an das Zwölftafelgesetz erfolgte, in Interpretation dieses Gesetzes, und es ist dieses aus der Uebereinstimmung von zwei so glaubwürdigen Zeugnissen sich ergebende Resultat wenigstens als unzweifelhaft festzuhalten. So spärlich es ist, dient es wenigstens dazu, diejenigen Erklärungsversuche zurückzuweisen, welche den Satz (im Anschluss an das »*Voconiana ratione*«[3])

---

1) Gai. III 18: »*hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates: quod ius, quemadmodum strictum fuerit, palam est intelligere*«.

2) Zu diesem »*placuit*«, das fast stereotyp gerade in solcher Bedeutung, vergl. z. B. Gai. I § 89, 101, 115b, 147 u. a. m. — Sollte es doch befremden, dass Gajus in § 23 cit. so ganz direct sagt, die fragliche Bestimmung stamme »*ex lege*«, und nicht wenigstens, wie vorher, »*iure legitimo*« oder »*iuris est*«; so ist nur I § 165 zu vergleichen, wo noch viel bestimmter von einem Institute gesagt ist, es stamme »*ex eadem lege XII tabularum*«, während es doch »*non nominatim ea lege cavetur, sed proinde accepta est (sc. tutela) per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset*«.

3) Welcher Ausdruck sicherlich nichts anderes sagen will, als »die Tendenz, aus welcher dieser Rechtssatz hervorging, war dieselbe, wie die, welche die *Lex Voconia* zeitigte«. Vergl. Euler in Burchardi, Grundz. d. Rechtssyst. d.

des Paulus) aus einer ausdehnenden Interpretation der *Lex Voconia* hervorgehen lassen[1], ganz abgesehen von der (gelinde gesagt) Unwahrscheinlichkeit einer Ausdehnung eines Gesetzes, »bei welcher man auf der einen Seite noch weiter ging, als das Gesetz, indem zwischen reichen und weniger reichen Erblassern nicht unterschieden wurde, auf der andern Seite die natürliche Billigkeit berücksichtigte«.

Wie aber kamen die Juristen dazu, diesen Satz dem Zwölftafelgesetz unterzuschieben, und in welcher Weise geschah es? Hier lassen uns die Quellen gänzlich im Stich. Euler[2]) findet einen Anhaltspunkt zunächst in Gai. I. 165 und til. I. de leg. patr. tut. (1. 17). Es ergebe sich aus diesen Stellen, dass es bei den Juristen üblich gewesen, mit dem Princip: »*ubi emolumentum successionis est, ibi et onus tutoris esse debet*« als einem anerkannten Rechtssatze zu operiren. Mit Hilfe der negativen Umkehrung dieses Satzes sei es den Juristen gelungen, die Agnatinnen von der Erbfolge auszuschliessen. Allein diese Annahme findet in den citirten Stellen schwerlich eine Stütze. Gajus sagt dort nur Folgendes: Weil das Zwölftafelgesetz bei dem Tode eines Freigeborenen die Agnaten zu Erben, und ebenso eventuell zu Tutoren berief, beim Tode eines Freigelassenen aber den Patron und dessen Kinder zur Erbschaft zuliess, an derselben Stelle wie dort die Agnaten, über die Tutel aber hier schwieg, so schloss man per analo-

---

Römer S. 303; Bachofen, Die *Lex Voconia* und die mit ihr zusammenhängenden Rechtsinstitute S. 23.

1) S. Mühlenbruch (Glück's Commentar Bd. 39 S. 287 f.); Hölder, Beiträge S. 112 f. Ganz unhaltbar ist natürlich, dass die *Lex Voconia* selbst den Satz enthalten habe, wie man nur vor Auffindung des Gajus annehmen konnte, indem man mit Cuiaz in der Stelle des Paulus »*Voconia rogatione*« emendirte. Dagegen schon Perizonius dissert. secunda de lege Voc. (1679) p. 108. Vergl. Kind, de lege Voc. Lips. 1820. § 54.

2) Ueber die Beschränkung des Intestaterbr. der Weiber bei d. Römern in Burchardi a. a. O.

giam, dass das Gesetz auch hier diesen Personen zugleich die Tutel habe übertragen wollen. Von einem Rechtssatz des Inhalts: »zur Intestaterbfolge kommen dieselben Personen wie zur Tutel«, oder gar: »nur diese Personen« ist gar keine Rede. Die Institutionenstelle ist eine wörtliche Abschrift des Gajus, nur dass Justinian sich bemüssigt sieht, zur Verdeutlichung, oder besser Verwässerung, noch hinzuzufügen: »*quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*«; womit übrigens gerade gesagt wird, dass dies nicht ein »anerkannter Rechtssatz«, sondern nur ein öfters resultirendes Factum sei, welches aber — das sagt Justinian zum Ueberfluss noch ausdrücklich — gerade für die Weiber nicht zutreffe[1]. Zudem macht der Satz an sich schon durchaus nicht den Eindruck eines Raisonnements der alten Juristen, sondern weit mehr den eines müssigen Zusatzes der neuesten, da schon die Auffassung der Tutel als eines *onus* gewiss nicht der alten Zeit entsprach, die vielmehr darin vor Allem ein *ius agnatorum* sah.

Ueberhaupt aber hätten die Juristen, um einfach die Agnatinnen von der Erbfolge auszuschliessen, keines so weiten Umweges bedurft. Gewiss hätten sie in ihrer tendenziösen Interpretationsmethode[2] es sich einfach genügen lassen, das *agnatus proximus* des Gesetzes zu urgiren[3], ebenso wie sie es in einem anderen Falle wahrscheinlich mit dem Worte *filius* machten[4]. Das macht also gar keine Schwierigkeiten, es uns zu erklären, dass die Juristen den Ausschluss der Agnatinnen aus dem Gesetz heraus interpretirten. Das Unbegreifliche liegt

---

1) »*Ideo autem diximus »plerumque«, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius est tutor*«.

2) Vergl. dazu Jhering II S. 455 ff.

3) So Jhering II S. 464; Bachofen a. a. O. S. 21 u. a. m.

4) Vergl. dazu Jhering II S. 462, bes. Danz. I S. 183 f.

darin, wieso dann eine Einschränkung die *consanguineae* nicht mit ergriff.

Euler[1]) erklärt dies daraus, dass er annimmt, schon sehr bald nach den 12 Tafeln und vor der Entstehung jener Beschränkung habe die Ausscheidung der Klasse der *consanguinei* aus der der übrigen Agnaten stattgefunden. Die Stelle des Paulus (Coll. leg. XVI, 3 § 3), welche er dazu heranzieht, scheint mir sich gar nicht auf den Akt jener Ausscheidung zu beziehen, sondern die bereits geschehene Ausscheidung vorauszusetzen. Es heisst dort: »*Sane consanguineos lex non adprehenderat, interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt*«. Das Zwölftafelgesetz hatte unter den gesetzlichen Erben die *consanguinei* nicht genannt (*non adprehenderat*); es sagte ja nur: *cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam pecuniamque habeto.* Die Juristen aber stellten fest, dass die *consanguinei* als erste unter den Agnaten berufen seien, d. h. eben dass das Gesetz, entgegen der Terminologie der späteren Zeit, unter den *agnati* die *consanguinei* mitbegriff. Zugegeben aber, wir hätten die Stelle auf die Absonderung der *consanguinei* »nothwendig gemacht durch irgend eine Erklärung des Zwölftafelgesetzes« zu beziehen[2]), so giebt sie uns keinesfalls den geringsten Anhaltspunkt für die Zeit, wann diese Sonderung vor sich ging. Gegen die Annahme, dies sei schon in sehr früher Zeit geschehen, spricht aber schon der Umstand, dass die Scheidung offenbar in der klassischen Zeit ihre schärfere Ausprägung erfuhr. Ja, Gajus spricht von einer besonderen Klasse der *consanguinei* noch mit keiner Sylbe. Ganz

1) a. a. O. S. 307 ff.

2) Uebrigens konnte Paulus, auch wenn in der Ausscheidung der *consanguinei* durchaus keine juristische Deduction enthalten war, gewiss sagen, sie sei geschehen *interpretatione prudentium*, d. h. im Laufe der Fortbildung des Zwölftafelrechts durch die Jurisconsulten, nicht etwa gerade durch einen bestimmten Akt derselben, den man mit »Interpretation« bezeichnen könnte. Vergl. Schirmer, Handb. d. röm. Erbr. S. 137 n. 36.

eng an die 12 Tafeln sich anschliessend, sagt er: »*si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet . . . ad agnatos*« (III 9), und höchstens den Keim einer Scheidung findet man in den Worten: »*eodem patre fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur*« (III 10). Bei Paulus und Ulpian ist diese Sonderung schon ganz deutlich[1]), aber auch hier ist sie immer nur eine Theilung innerhalb der Hauptklasse der Agnaten[2]). Den Compilatoren der Digesten dagegen gelten die Klassen *sui*, *consanguinei*, *agnati* als völlig coordinirt; ja es stehen deutlich die beiden ersten sich näher als die beiden letzten[3]). Hiernach ist es höchst wahrscheinlich, dass jener Sprachgebrauch erst im Laufe der Kaiserzeit entstand, was gerade begreiflich wird durch die besondere erbrechtliche Stellung, die jetzt mannigfach diesen nächsten Agnaten eingeräumt wurde[4]). Geradezu undenkbar aber erscheint es, dass lange Jahrhunderte vor Gajus schon eine so feste Terminologie *consanguinei* und *agnati* getrennt haben sollte, dass irgend eine Consequenz, die man für die Agnaten als solche zog, in Folge hiervon auch nur einen Moment auf jene *agnati* im engeren Sinne hätte beschränkt werden können.

Ganz unhaltbar erscheint die Erklärung Bachofen's, dass man für die Klasse (?) der *consanguinei* die alte Regel der Gleichheit der Geschlechter beibehielt, weil alle zu dieser Klasse gehörigen Personen als *sui heredes* desselben Vaters auch unter sich gegenseitig im Verhältniss der *condomini*

---

1) Vergl. z. B. Coll. leg. XVI 3 § 17 u. § 3; 7 § 1 u. a. m. (Euler a. a. O. S. 308 ff.).

2) S. bes. Coll. XVI 3 § 3; 6 § 1. Ulp. fr. XXVI 7.

3) In tit. D. de suis et leg. her. (38, 16) ist Ulpian so excerpirt, dass fr. 1 die *sui* und *consanguinei* in engster Verbindung behandelt und ganz getrennt davon in fr. 2 von den *agnati* gesprochen wird. Vergl. auch § 1 I. de leg. agn. suc. (3, 3) u. a. m.

4) So im S. C. Tertullianum und dessen späteren Modificationen; bei der *querela inofficiosi*.

stehen[1]). Denn es ist klar, dass von einem solchen Condominiumsverhältniss (auch wenn es mehr als ein bloss figürlicher Ausdruck wäre) nur gesprochen werden kann, so lange die *consanguinei* unter einem Gewalthaber stehen. Irgendwie anwendbar könnte daher der Grundsatz doch nur sein, wenn die Erbschaft des gemeinschaftlichen *parens* in Betracht kommt, nicht aber dann, wenn ein *consanguineus* den andern beerbt. Er wäre ja sonst genau mit demselben Recht anwendbar auf Alle, die einmal unter einer *potestas* gestanden hätten oder hätten stehen können, d. h. auf alle Agnaten.

Ebenso wenig befriedigt, wenn Hölder[2]) hier einen Zusammenhang mit dem Pflichttheilsrecht als »ohne Zweifel« vorhanden annimmt. Zur Zeit der Entstehung des Pflichttheilsrechtes (gegen Ende der Republik) muss unser Rechtssatz schon längst fixirt gewesen sein, da sonst ganz unverständlich wäre, wieso er sich nur auf die *legitima hereditas* und nicht auch auf die *bonorum possessio unde cognati*, die wenigstens im Keime schon zu Cicero's Zeit bestand, bezogen hätte. Zudem gehört aller Wahrscheinlichkeit nach die endgültige Beschränkung des Pflichttheilsrechtes auf die Geschwister erst der spätesten Zeit an[3]).

Gesetzt nun, wir hätten wirklich eine annehmbare, nicht zu Widersprüchen führende Hypothese gefunden, die uns begreiflich machte, wie es den Juristen gelang, die in Rede stehende Bestimmung in die 12 Tafeln hinein zu interpretiren, ist es wahrscheinlich, dass damit die Entstehung derselben thatsächlich erklärt wäre? Schwerlich. Denn je feiner die *sub-*

---

1) Bachofen, Die Lex. Voc. S. 21 f. Vergl. Gai. II 157; fr. 11 de lib. et post. (28, 2). Vergl. auch Schmidt, Das formelle Recht der Notherben (1862) S. 18 n. 45; Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831) S. 17 f. S. auch unten S. 81 ff.

2) Hölder, Beiträge S. 112 f.

3) Vgl. Schröder, Das Notherbenrecht (Heidelberg 1877) I S. 226 ff.

tilitas wäre, die wir den Interpreten zuschrieben, um so sicherer ist, dass es doch viel leichter für sie gewesen wäre, wenn sie nur mit der Tendenz, das Erbrecht der Frauen zu beschränken, das Gesetz auslegten, den Ausschluss sämmtlicher Agnatinnen daraus abzuleiten, als gerade der Agnatinnen *ultra consanguineorum gradum.* Wir müssen nothwendig annehmen, dass sie also schon mit der ausgesprochenen Absicht an das Gesetz herantraten, gerade diesen concreten Satz ihm unterzuschieben. Ist dieses aber richtig, so darf die Hauptfrage, die wir uns zu stellen haben, nicht lauten: wie brachten die Juristen diesen Satz mit dem Gesetze in Einklang? sondern: wie kamen die Juristen zu diesem Satze?

Dass nun etwa ein älterer römischer Rechtsgebrauch desselben Inhalts bestanden hätte, ist eine durch nichts gerechtfertigte Annahme. Aber, wenn wir überall, wo wir nach einer originell-römischen Entstehung dieser Bestimmung suchen, auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen, liegt da die Vermuthung nicht nahe, dass vielleicht irgend eine Einwirkung von aussen hier statt hatte? Diese Vermuthung gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn wir sehen, wie zu der Zeit, in welcher eine starke Strömung gegen den Frauenreichthum bestand, die sich auch anderweit documentirte[1]), zugleich alle Zweige des römischen Lebens in der That mächtig von einem fremden Einflusse durchdrungen wurden, nämlich von dem griechischen[2]).

Und nun finden wir wirklich in dem eigentlichen Repräsentanten des griechischen, im attischen Recht, gesetzlich, wahrscheinlich schon durch Solon sanktionirt, fast wörtlich jene Bestimmung wieder, deren römische Entstehung uns so

---

1) Vergl. unten S. 94 ff.

2) Vergl. Mommsen, R. G. I S. 452: »In allen Zweigen der römischen Entwickelung dieser Epoche (5. Jahrhundert der Stadt) in Gesetzgebung und Münzwesen, in der Religion, in der Bildung der Stammsage stossen wir auf griechische Spuren . . .« Auch S. 451.

unerklärlich ist. Bei Isäus heisst es[1]: »*Πατρῴων μὲν οὖν καὶ ἀδελφοῦ χρημάτων τὸ ἴσον αὐτοῖς ὁ νόμος μετασχεῖν δίδωσιν· ἀνεψιοῦ δέ, καὶ εἴ τις ἔξω ταύτης τῆς συγγενείας*[2]) *ἐστίν, οὐκ ἴσον, ἀλλὰ προτέροις τοῖς ἄρρεσι τῶν θηλειῶν τὴν ἀγχιστείαν πεποίηκε. λέγει γὰρ κρατεῖν δὲ τοὺς ἄρρενας καὶ τοὺς ἐκ τῶν ἀρρένων*« *κ. τ. λ.* ....[3]). Erwägt man nun zu dem bereits Gesagten, wie schwer es zu denken ist, dass zwei so gleichlautende Sätze, die sich in dieser Fassung doch unmöglich aus allgemeinen Principien ableiten lassen, bei verschiedenen Völkern ganz unabhängig von einander hätten zur Entstehung kommen sollen (bestand doch bei keinem andern Volk das Gleiche); erwägt man, dass, wenn man überhaupt einmal griechisches Recht recipirte, in jener Zeit kaum irgend eine Bestimmung begehrenswerther erscheinen konnte, als eine solche, das Erbrecht der Frauen einengende; dass die ganz gewöhnliche Manier der alten Rechtsgelehrten neues Recht einzuführen die war, dasselbe womöglich aus dem Zwölftafelgesetz zu deduciren[4]); und dass eine einigermaassen scheinbare Deduction

---

1) Is: *περὶ τοῦ Ἀπολλωδώρου κλήρου*. 20 (ed. Scheibe. Leipzig 1860). Vergl. auch Demosthenes, *πρὸς Μακάρτατον* 51 (ed. Bekker).

2) Man glaubt, die reine Uebersetzung dieser Worte in dem bei den römischen Juristen regelmässig wiederkehrenden *ultra consanguineorum gradum (successionem)* zu hören. S. Gai. III 14; 23; Paulus rec. sent. IV 8 § 22; Ulp. fragm. XXVI § 6; Coll. leg. XVI 7 § 1.

3) Dass die Wirkungen dieser Bestimmung im griechischen Recht im Einzelnen andere waren als im römischen, dass jene entfernteren Verwandtinnen dort nicht ausgeschlossen, sondern nur zurückgesetzt, und dass andererseits Sohn und Tochter, Bruder und Schwester durchaus nicht gleichberechtigt waren, das lag nur an der Verschiedenheit des attischen Erbsystems und des römischen (vergl. in dieser Bez. Gans, Erbr. I S. 375 ff., u. Perizonius de lege Voc. p. 125 f.). Gerade um so auffallender ist bei vollständiger Verschiedenheit der sonstigen Erbfolge die vollständige Gleichheit dieser Sätze in beiden Rechten: In den beiden ersten Erbklassen (denen der Kinder und Geschwister) stehen die Geschlechter einander gleich, in den folgenden sind sie zurückgesetzt. Es bedarf keiner Ausführung, dass, in das bestehende römische System eingefügt, die Zurücksetzung nur Ausschluss bedeuten konnte.

4) Vergl. Kuntze, Excurse S. 142, 159, 163.

dieses Rechts aus den 12 Tafeln das sehr gewichtige Argument für sich anführen konnte, es bestehe ja die Bestimmung auch im Solonischen Recht[1]) — so wird die Annahme nicht mehr zu gewagt erscheinen, dass hier die eigentliche Quelle der fraglichen Erbbeschränkung der Weiber zu suchen sei.

Hält man diese Beantwortung der aufgeworfenen Hauptfrage für richtig, so muss das Streben nach Beantwortung der Nebenfrage: wie brachten die Juristen diesen Satz mit dem Gesetze in Einklang? nun entschieden als ein ziemlich bedeutungsloses und schwerlich jemals zu einem sicheren Resultate führendes Unternehmen erscheinen. Ziemlich bedeutungslos: an Wichtigkeit etwa zu vergleichen dem Forschen nach dem Wortlaut eines nach Inhalt und Entstehung bekannten Gesetzes. Und wohl immer ohne sicheres Resultat: denn wir müssten zum mindesten mehr von dem Texte der 12 Tafeln besitzen, um gegründete Vermuthungen darüber äussern zu können, wo etwa die Interpretation anknüpfte; dass es sich um eine reine Wortinterpretation handelte, dürfte ziemlich unzweifelhaft sein[2]). Welche? Je nun, die alten Rechtsgelehrten waren in ihren Mitteln nicht sehr wählerisch: was sie ernstlich im Gesetze finden wollten, das fanden sie auch darin[3]).

Ueber die Zeit dieses Vorganges etwas Genaueres zu

---

1) Dass man so zu argumentiren pflegte (da ja bekanntlich die Decemvirn sehr viel attisches Recht in das Gesetz aufgenommen hatten), sehen wir aus Cic. de leg. II 23 (59), wo Cicero, indem er eine Controverse über den Gesetzesinhalt entscheidet, hinzufügt: »*quod eo magis iudico verum esse, quia lex Solonis id ipsum vetat*«.

2) Vergl. Bachofen a. a. O. S. 22 n. 2.

3) Denkbar wäre z. B., dass man das *agnatus proximus* auf das männliche Geschlecht restringirte, dann aber aus einer andern Stelle des Gesetzes die Consequenz zog, für *consanguineae* sei ein Erbrecht stillschweigend anerkannt. Möglich, dass diese andere Stelle die war, wo das Gesetz von der *manus* sprach. Dort konnte hervorgehoben sein, dass die Gattin nach *in manum conventio* als *sua* ihres Gatten gelte und gegen ihre eigenen Kinder die »*iura consanguinitatis*« habe.



sagen, ist natürlich bei dem gänzlichen Mangel bestimmter Nachrichten nicht möglich. Wahrscheinlich wird es aber mindestens vor der *Lex Voconia* gewesen sein[1]. Zunächst auf Grund der allgemeinen Erwägung, dass, wenn aus derselben Tendenz zwei Rechtssätze hervorgegangen sind, von denen der eine durch Gewohnheitsrecht, der andere durch Gesetz zur Erscheinung gekommen ist, *ceteris paribus* jener der frühere sein wird, weil eine Strömung erst in ihrem Höhepunkt Gesetze, in ihrem Anschwellen schon Gewohnheiten mit sich zu führen pflegt. Ferner erscheint gerade in unserem Fall der Weg der *nimia subtilitas* deshalb gewählt, weil man noch nicht wagte, offen mit dem Zwölftafelgesetz zu brechen, was die *Lex Voconia* schon unbekümmert that. Hätte wohl eine Zeit, die im testamentarischen Erbrecht eine so weitgehende Beschränkung der Frauen gesetzlich statuirte, für jene weit unbedenklichere des Intestaterbrechts einen solchen Umweg nöthig gehabt?

Kaum hervorgehoben zu werden braucht, dass nach der gegebenen Darstellung der Satz nicht etwa gelautet haben kann: »in der Klasse der Agnaten erben von Weibern nur die *consanguineae*«, sondern allgemein: »Weiber *ultra consanguineorum gradum* sind nicht erbberechtigt« (wie er auch immer ausgesprochen wird), also auch nicht Gentilinnen[2]. Natürlich wird das von den Juristen nicht besonders hervorgehoben, theils weil es sich von selbst versteht, theils weil sie überhaupt das *ius gentilicium*, als antiquirt, nicht behandeln; aber das Gegentheil müsste uns versichert sein, wenn wir es annehmen sollten.

---

1) Dieser Ansicht Savigny, Verm. Schriften Bd. I S. 440; Bachofen a. a. O. S. 23; wie es scheint auch Rein, Das röm. Privatr. und der Civilpr. (1836) S. 369 (unten) u. A. m. »Nach der *Lex Voconia*« ist die ältere Meinung, so Balduinus, Heineccius (s. Bachofen S. 20 f.); unentschieden lassen die Frage: Euler a. a. O. S. 305; Giraud, Du vrai caractère de la loi Voc. etc. p. 50; Vangerow, Ueber die Lex Voc. S. 21 n. 46.

2) Anderer Meinung scheint Euler a. a. O. S. 314 f.

III. Capitel.

Die Lex Voconia[1].

Wir haben oben die Ansicht vertheidigt, dass, wie im Intestat-, so auch im Testamentserbrecht der ältesten Zeit keinerlei Zurücksetzung der Frauen existirte. Fest steht jedenfalls, dass dies im Mancipationstestament nach Zwölftafelrecht der Fall war.

Eine höchst bedeutsame Aenderung erfuhr dieser Rechtszustand durch ein Gesetz, welches der Tribun Voconius Saxa im Jahre 585 der Stadt[2]) einbrachte.

Was nun den Inhalt dieses Gesetzes angeht, so steht von zwei Capiteln die Existenz fest, die zweier weiteren ist bestritten, wovon aber das letzte, wenn es bestand, doch für uns hier ohne Interesse ist[3]).

Ueber die erste Bestimmung berichtet Gajus (II. 274):

---

1) Die reichhaltige Literatur über dieses Gesetz s. bei Vangerow, Ueber die Lex Voc. S. 3. Nur mit dem Namen der Verfasser sind im Folgenden citirt: Savigny, Ueber die Lex. Voc. in den Abhandlungen der Berliner Akademie 1820. Verm. Schriften I S. 408 ff.; Hasse, Zur Lex Voc. im rheinischen Museum f. Jurisprudenz III S. 183 ff.; Giraud, Du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains (1841); Bachofen, Die Lex Voc. und die mit ihr zusammenhängenden Rechtsinstitute (1843); Die Recensionen der letztgenannten Abh. von Rudorff in den Jahrb. für wissenschaftl. Kritik 1844 Nr. 57 und v. Mommsen in Richter's kritischen Jahrb. von 1845 Heft 1; Vangerow, Ueber die Lex Voc. (Heidelberg 1863).

2) Dieses Jahr ist überzeugend als das richtige nachgewiesen bei Savigny S. 409 f. u. Vangerow S. 3 f.

3) S. darüber Bachofen S. 121.

mulier . . . ab eo, qui centum milia aeris census est, heres instituì non potest. So einfach diese Regel scheint, knüpfen sich doch Schwierigkeiten an jedes einzelne Wort fast. Zunächst die Höhe der Summe, um die es sich hier handelt. Im Gegensatz zu dem *centum milia aeris* des Gajus sagt nämlich Dio Cassius (hist. rom. LVI. 10), es sei nach der *Lex Voconia* keinem Weibe gestattet »*οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν*«. Nach der jetzt allgemein anerkannten Interpretation heisst das: kein Weib soll Jemanden beerben dürfen, der über *δύο ἥμισυ μυριάδας* Vermögen besitzt, und sind hierunter *δύο ἥμισυ μυριάδες δραχμῶν* = *centum milia HS* zu verstehen. Dieselbe Höhe der Summe setzt Ps. Asconius in seiner Erläuterung zu Cicero in Verr. II l. 1 c. 41 voraus. Da der Ausweg Savigny's[1]), in der Gajusstelle das Wort *aeris* allgemein für »Geld« zu deuten, den bestimmtesten Sprachgebrauch gegen sich hat, so scheint hier ein offener Widerspruch der Quellen vorzuliegen, indem das eine Mal 100 000 Asse, das andere Mal 100 000 Sestertien als die von dem Gesetz verlangte Summe angegeben werden. Den Schlüssel zur Lösung dieses Räthsels gibt Gellius[2]), aus welchem fast mit Bestimmtheit zu schliessen ist, dass in der *L. V.* keine feste Summe genannt war, sondern das Censirtsein in der ersten Bürgerklasse die Voraussetzung bildete. Dieser Census nun war zur Zeit der *L. V.* 100 000 Asse, stieg später auf 125 000 und zuletzt auf 200 000 Asse = 100 000 Sestertien, wo-

---

1) Savigny S. 418 f.; ihm folgt Rein, Röm. Privatr. S. 368.

2) Gell. noct. att. VII 13: *Classici dicebantur non omnes, qui in classibus erant, sed primae tantum classis homines, qui centum et viginti quinque milia aeris ampliusve censi erant.* (Ueber diesen Irrthum des Gellius in der Zahl s. Böckh, Metrologische Untersuchungen S. 432.) *infra classem autem appellabantur secundae classis ceterarumque omnium classium, qui minore summa aeris, quam supra dixi, censebantur. hoc eo strictum notavi, quoniam in M. Catonis oratione, qua legem Voconiam suasit, quaeri solet, quid sit classicus, quid infra classem.*

nach sich die verschiedenen Summenangaben erklären [1]. Wieso aber Gajus dazu kam, seiner Angabe wieder den Census, der im sechsten Jahrhundert der Stadt der der ersten Klasse war, zu Grunde zu legen, bleibt immerhin sonderbar. Es möchte wohl so zu erklären sein, dass, seitdem mit dem Wegfall der servianischen Klassen aus der Gegenwart die Höhe des Census der ersten Klasse nicht mehr zu bestimmen war, es als das einzig Gerechtfertigte erschien, das *in prima classe census* der *L. V.* auf die Summe zu beziehen, die der Gesetzgeber selbst im Auge gehabt hatte. Allerdings wäre hierbei die darin liegende Erweiterung des Geltungsgebietes des so missliebigen Gesetzes, besonders im Vergleich mit dem Verhalten der vorhergehenden Zeit, zu verwundern. Allein es konnte das wohl jetzt kein Bedenken mehr haben, da ja doch materiell das Gesetz absolut bedeutungslos geworden war [2]. Wie dies sich nun verhalten mag, jedenfalls ist das Resultat, dass das Verbot des Gesetzes sich auf die in der ersten Klasse Censirten bezog. Dass Livius (epit. lib. 41) und Augustinus (de civ. Dei III. 21) allgemein sagen, die *L. V.* habe die Erbeinsetzung der Frauen verboten, kann uns bei einem kurzen Hin-

---

1) S. Böckh a. a. O. S. 430 ff., bes. S. 431 n. 435; Bachofen S. 28 ff.; Vangerow S. 12—14; Mommsen S. 10 hält es nicht für wahrscheinlich, dass unter Augustus der Census auf 100 000 Sestertien erhöht worden sei. Er meint vielmehr, dass die Legaldefinition, die der Kaiser für »reich« und »arm« aufstellte (s. Theophilus ad § 2 J. 3, 8) hier ausschlaggebend war, dass man den *locuples* des Augustus auf den *classicus* der *Voconia* übertrug. Später hätten die Juristen dagegen protestirt (weshalb?) und das Ursprüngliche wieder hergestellt. Th. Mommsen, Geschichte des römischen Münzwesens S. 302 n. 40 vermuthet, dass der Ausdruck: *centum milia aeris* im Gesetze stand (wogegen Gellius spricht) und dass dies später »auf die mindeste mit dem Wortlaut verträgliche Beschränkung der Testirfreiheit, also auf 100 000 schwere Asse oder Sestertien gedeutet ward«. Sehr willkürlich verfährt Zumpt, Commentar zu Cic. in Verr. S. 184. Asconius schöpfte natürlich nicht aus directer Quelle und Dio Cassius hatte sich eben geirrt (»*in abolita et lege et omni plebis censendae ratione facile HS intellegere poterat ubi asses olim fuerant*«).

2) S. unten S. 79.

weis auf das Gesetz nicht Wunder nehmen, am allerwenigsten bei Augustin, dem es nur darauf ankam, die Härte und Ungerechtigkeit des Gesetzes zu betonen[1]). Und wenn Cicero (in Verr. II l. 1. cap. 41 seq.) immer nur hervorhebt, die *L. V.* habe *ei*, *qui census esset* die Erbeinsetzung der Frauen verboten, so ist es sicher unrichtig, wenn Ps. Asconius auf Grund dessen einen Sprachgebrauch der Alten behauptet, wonach *censi dicebantur, qui centum milia professione detulissent;* die Ausdrucksweise Cicero's ist vielmehr nur seinem oratorischen Zwecke angepasst. Indem er dem Verres tendenziöse Edictsabfassung vorwarf, kam es ihm darauf an, gerade den Punkt stets hervorzuheben, wo sich die Abweichung des Edicts von der *L. V.* zeigte; hätte er auch den andern von Verres beibehaltenen Inhalt der *L. V.* erwähnt, so wurde dadurch eben die Pointe abgestumpft[2]).

Dieser Punkt nun, in welchem Verres über das Gesetz hinausging, war, dass er es auf Nicht-Censirte in Anwendung brachte. Allgemein also wurde die in Rede stehende Bestimmung ganz stricte interpretirt: nicht wer das als Census der ersten Klasse fixirte Vermögen hatte, unterlag derselben, sondern nur wer auch wirklich in dieser Klasse censirt und überhaupt censirt war. Dass dies der ursprünglichen Absicht des Gesetzes entsprach, dürfte schwerlich anzunehmen sein[3]). Voconius selbst dachte wohl nicht daran, den *non census* von seinem Gesetze excipiren zu wollen, und der wahre Sinn seines Verbots wird vielmehr gewesen sein: ein Weib soll nicht Testamentserbin Jemandes werden können, der 100 000 Asse Vermögen hat. Und so hätte man es auch sicherlich aufgefasst, wenn dieses harte Gesetz nicht schon so bald miss-

---

1) »*qua lege quid iniquius dici aut cogitari possit, ignoro*«.

2) Vergl. hierzu die scharfsinnigen, überzeugenden Ausführungen bei Savigny S. 424 f.

3) Anders Bachofen S. 31 ff.

liebig geworden wäre, dass jede mögliche Einschränkung willkommen war. Es war also eine restrictive Interpretation, wenn man das Verbot nur auf die in der ersten Klasse auch factisch Censirten in Anwendung brachte, aber eine, wie es scheint, zu Cicero's Zeit allgemein anerkannte.

Eine weitere Frage ist, ob das Verbot ein perfectes, eine dagegen verstossende Einsetzung absolut nichtig war, oder ob dieselbe als gültig bestehen blieb und nur nichts aus derselben erworben werden durfte. Ersteres war früher allgemein angenommen. Das Letztere behauptet Huschke[1]), der deshalb auch in der citirten Gajusstelle das corrupte *hdes institutio non potest* nicht in *heres institui*, sondern in *heres instituta capere non potest* corrigirt. Allein sehen wir einstweilen von dieser Stelle ab, so sind die andern für diese Frage theils indifferent, wie Cic. de rep. III. 10, Dio Cassius LVI. 10, theils aber der Huschke'schen Auffassung entschieden ungünstig, wie Augustin de civ. Dei III. 21, und geradezu widersprechend ist die Hauptstelle (Cic. in Verr. II l. 1 c. 42), wo offenbar im engsten Anschluss an den Wortlaut des Gesetzes selbst gesagt ist: (Voconius) *sanxit . . . ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.* Wenn Huschke nun speciell aus den Edictsworten des Verres: »*nec petitionem nec possessionem dabo*« schliessen will, »dass von einer Versagung der *hereditatis petitio* gar nicht hätte die Rede sein können, wenn die Einsetzung der Frau *ipso iure* nichtig gewesen wäre«, so trifft dagegen schon der Einwand zu, dass ja das Edict des Verres auch Fälle unter sich begriff, die nach *ius civile* der *L. V.* nicht unterlagen (die der *non censi*), und somit hier eine Versagung der *h. p.* entgegen dem *ius civile* allerdings Platz griff; ferner aber kann hier sehr gut das *nec petitionem* nur des Nach-

---

1) Huschke, Gajus S. 52. Gegen denselben Voigt, Die *condictiones* S. 230 ff. Vergl. Hartmann in Zeitschrift f. Rechtsgesch. V S. 252 n. 48.

drucks wegen und *juris civilis confirmandi gratia* dem *nec possessionem* gegenüber gestellt sein, ohne dass dabei an eine eigenmächtige, nur auf prätorischer Autorität beruhende Versagung der *h. p.* gedacht zu werden braucht. Die Gajusstelle selbst nun betreffend, so ist in ihr die Emendation des *hdes institutio* in *heres institui* doch wohl bedeutend einfacher als in *heres instituta capere*, zumal da nach Huschke's eigener Angabe die Kürzung $\bar{c}$ für das einfache *capere* sonst nie vorkommt. Auch die Construction »*quae ab eo . . . heres instituta capere*[1]) *non potest, fideicommisso tamen relictam sibi hereditatem capere potest*« bleibt immer eine geschraubte[2]). Wenn Huschke gar als Argument anführt, »dass Gajus auf die voconische Bestimmung über die Frauen unmittelbar und mit der Anknüpfung durch *item* (?) die Incapacität der *Latini Juniani* folgen lasse, von denen es ganz unzweifelhaft sei, dass sie gültig eingesetzt werden konnten«, so liesse sich doch genau mit demselben Recht ein Schluss für die gegentheilige Auffassung daraus ziehen, dass Gajus unmittelbar vorher und verknüpft durch *item* sagt: *codicillis nemo heres institui potest*, was doch zweifellos auf ungültige Einsetzung geht.

Anders verhielt es sich nun mit der zweiten Bestimmung der *L. V.*, durch welche zweifellos nur das *capere* verpönt war und als deren Inhalt Gajus (II. 226) angiebt: *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent*[3]). Einen Widerspruch hierzu enthalten nicht die Stellen Cic. in Verr. II. l. 1 c. 43[4]) und de leg.

---

1) Seine frühere Lesart »*heredis institutione capere*« hat Huschke selbst in den späteren Auflagen der *iurisprudentia antejustiniana* zurückgenommen.

2) Es wäre statt dessen zu erwarten: *quae hereditatem capere non potest, fideicommissum tamen potest*, oder: *quae hered. directo jure capere prohibetur, fideicommisso tamen sibi relictam capere potest.* Vergl. § 275, 286, 286a.

3) Aehnlich Theophilus ad pr. I. 2, 22: *μηδὲν πλέον λαμβάνειν τὸν ληγατάριον τοῦ κληρονόμου.*

4) *si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat.*

II. c. 19 u. 20[1]), und es ist daher unberechtigt, mit Mommsen Gajus (und Theophilus) einen Irrthum unterzuschieben[2]). Die Stellen ergänzen sich vielmehr gegenseitig. Durch Gajus wird die mit Cicero vereinbare Annahme widerlegt, als ob alle Legatare zusammen nur so viel hätten bekommen können, wie die Erben, und durch Cicero wird widerlegt die mit Gajus und Theophilus vereinbare (durch das dort angeführte Exempel nahegelegte) Vermuthung, als ob kein Legatar hätte mehr bekommen können, als jeder einzelne Erbe behielt, und es ergiebt sich als Inhalt der Bestimmung: Kein Einzelner darf durch Legat oder *mortis causa capio*[3]) mehr erhalten, als nach Abzug dieser Beschwerungen von der Erbschaft für den (respective die) Erben zurückbleibt.

Dass diese Bestimmung sich, wie die erste, nur auf Weiber bezogen habe, wird heute allgemein verworfen und war

---

1) *qui morte testamentove tantundem capiat, quantum omnes heredes — minus ceperint, quam omnibus heredibus relinquatur — pecunia non minor facta, quam heredibus omnibus esset relicta — qui tantundem caperent quantum omnes heredes.*

2) Mommsen S. 11, ihm folgt Walter, Röm. Rechtsgesch. § 677 n. 49. S. dagegen bes. Vangerow n. 64.

3) Vergl. hierzu Schlagintweit, Die Erwerbung auf den Todesfall nach römischem Recht in Jhering's Jahrb. VI. Entschieden unrichtig aber erscheint die dort geäusserte Ansicht (S. 341), es habe sich die obige Bestimmung auch auf Fideicommisse bezogen. Zur Zeit der Republik galt das Fideicommiss noch in keiner Weise als Rechtsinstitut. Erst nachdem dasselbe unter August klagbar geworden war, begann man im Laufe der Kaiserzeit erbrechtliche Regeln auch auf diese Zuwendungen auszudehnen. Zur Zeit der *Lex Voc.* aber ist es sehr fraglich, ob Fideicommisse factisch überhaupt schon vorkamen, geschweige, dass sie dem Recht unterstanden hätten. Vor Allem wissen wir aber ja aus Cic. de fin. II 17, 18, dass man in späterer Zeit das voconische Erbeinsetzungsverbot gerade durch Fideicommiss umging. Welchen Sinn hätte das gehabt, wenn es dadurch nicht möglich war, mehr zuzuwenden, als durch Legat oder andere *mortis causa capiones?* Wie könnte Cicero sagen: Rufus hätte als Ehrenmann keinen Deut von der Erbschaft behalten dürfen, wenn die *L. V.* ausdrücklich gebot, es solle auch der Fideicommissar niemals mehr als der Erbe, resp. Legatar bekommen, also höchstens die Hälfte? S. über diese ganze Stelle unten S. 49 ff.

nur aufrecht zu erhalten, indem man Gajus und Theophilus eine vollständige Verkennung des wahren Inhalts der *L. V.* supponirte[1]). Ebenso allgemein wird aber angenommen, dass sie, wie die erste, nur bei den Erbschaften der *classici* zur Anwendung gekommen sei. Und doch sprechen genau dieselben Gründe, die eine Beschränkung auf das weibliche Geschlecht unwahrscheinlich machen (wie sie so klar bei Savigny S. 432 dargelegt sind), mit derselben Kraft gegen eine solche auf Erbschaften von *classici*. Wie kann die *L. V.* von Gajus und Theophilus als Zwischenstufe der allgemeinen *leges Furia* und *Falcidia* dargestellt werden, wenn sie sich nur auf Erbschaften von einer bestimmten Höhe bezog? Sehen wir uns ferner den voconischen Satz näher an, und fragen wir uns, was diese complicirte Bestimmung eigentlich wollte, so müssen wir sagen: Einerseits sollte durch sie ermöglicht werden, einem Weibe wenigstens (durch Legat) die Hälfte des Vermögens zuwenden zu können, da der nach der *Lex Furia* den *non exceptae* zuwendbare Maximalbetrag von 1000 As neben dem absoluten Erbeinsetzungsverbot doch zu klein erschien; es wäre ja auch eine wunderliche Unebenheit gewesen, wenn man einem Manne mit 99 000 As Vermögen gestattete, auf dieses Ganze (respective die Hälfte[2])) eine Frau zur Erbin einzusetzen, ein solcher mit 100 000 dagegen höchstens 1000 As einem Weibe hätte zuwenden können. Andererseits aber bedeutet der Satz — und erst aus dem Zusammenfluss beider Bestrebungen er-

---

1) So Kind, de lege Voc. diss. Lips. 1820. §§ 36—40, der darum auch Theophilus mit den Worten zu verdächtigen sucht (§ 32): »*In ipsis vero his, quae de lege Voconia tradidit, quid fidei mereatur, ex eo existimare poteris, quod legem apertissimo errore, quae de hereditate civium censorum* (im Sinne von Ps. Asconius) *caverat, putat ad hereditatem centum nummorum pertinere ... ut qui de uno erravit, auctoritas ejus de altero nulla esse possit*«. Was es mit diesem »*apertissimus error*« auf sich hat, darüber s. das im Text Folgende. — Gegen Kind vergl. bes. Savigny S. 432.

2) S. unten S. 35 ff.

klärt sich seine Gestalt — eine Correction der *Lex Furia*, wie es Gajus gewiss mit Recht darstellt, einen vollkommeneren Ausdruck desselben legislatorischen Gedankens, bestimmt, jene ältere *Lex* zu ersetzen. Als solchen aber sollte man ihn nur für *in prima classe censi* bestimmt und die untern Klassen auch ferner der *Lex Furia* unterworfen haben? Denn galt diese Bestimmung nur für die erste Klasse, so bestand für alle andern die *Lex Furia* weiter; die *Voconia* konnte ihr natürlich nur auf dem Gebiete derogiren, wo sie Geltung hatte [1]. Und nun die Consequenz dieses Nebeneinanderbestehens der beiden Gesetze: Ein auf 99 999 As Censirter konnte kein Legat über 1000 As an *personae non exceptae* ausschreiben; das fünfzigfache aber, wer um 1 As höher censirt war.

Und worauf stützt sich diese Annahme, die solche Bedenken hervorruft? Allein auf die Verrinenstelle. Dort heisst es (c. 43): »*quid, si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet? cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves?*« Adoptirt man nun nicht die oben erwähnte, allgemein verworfene Interpretation des Ps. Asconius, so ist hier mit keiner Sylbe davon die Rede, dass sich dieses Capitel des Gesetzes nur auf in der ersten Klasse Censirte bezogen habe; es heisst nur, dass, wer nicht censirt war, nicht darunter fiel. Aus der Gleichheit der Ausdrucksweise in cap. 41 und cap. 43 will man folgern, dass auch hier Cicero nur von *classici* rede [2]. Aber das setzt doch wieder voraus, dass man dem Ausdruck *census* eben hier eine specifische, prägnante Bedeutung beilegt. Andernfalls kann man daraus, dass Cicero oben eine Voraussetzung, die dort gilt, weglässt, weil sie für

1) So auch Bachofen S. 47.

2) Es ist unbegreiflich, dass dies Savigny S. 431 als »ohne Zweifel« folgend behauptet, nachdem er gerade vorher die glänzende Widerlegung der asconischen Interpretation von c. 41 gegeben hat.

ihn ohne Interesse ist, und hier ebendieselbe Voraussetzung wieder nicht nennt, doch unmöglich schliessen, dass sie hier ebenfalls bestehen müsse! Umgekehrt scheinen mir die Worte Cicero's gerade unserer Auffassung günstig. Bestand nämlich die *Lex Furia* für *censi* der untern Klassen weiter, so musste sie auch für den *non census* gelten, da ja die *Voconia* allein auf ihrem Geltungsgebiet der *Furia* derogiren konnte. Ist es nun glaublich, dass Cicero, wenn er sagt, es sei dem *non census* erlaubt, *plus legare, quam ad heredem heredesve perveniat*, voraussetzt, dass derselbe dagegen den (härteren) Beschränkungen der *Furia* unterfalle?

Unmittelbar aus der Verrinenstelle folgt somit jene Annahme keineswegs. Aber vielleicht mittelbar. Es ist undenkbar, wird man sagen, dass der *non census* von dieser Bestimmung eximirt gewesen sein soll, wenn sie nicht, wie die erste, das Censirtsein in einer bestimmten Klasse zur Voraussetzung hatte. Sie kann nicht allgemein intendirt gewesen sein, wenn ja die Nicht-Censirten nicht darunter fielen. Und doch ist dieser Widerspruch ziemlich einfach zu lösen. Wenn das voconische Erbeinsetzungsverbot lautete: *Qui in prima classe civium census erit, ne heredem virginem neve mulierem facito*, und der Gesetzgeber wollte nun hieran eine Bestimmung knüpfen, die nicht nur für Bürger der ersten Klasse, sondern allgemein gelten sollte, so musste dieser Gegensatz natürlich ausdrücklich hervorgehoben werden; er musste offenbar fortfahren mit einem Ausdruck, wie etwa: *in quacumque quis classe census erit* oder: *is quoque, qui infra classem census erit.* Wenn man nun aus Odium gegen das Erbeinsetzungsverbot, wie oben ausgeführt, dort das *census* stricte interpretirte, so musste man *nolens volens* in diesem Capitel es ebenso machen. Von selbst versteht sich, dass dies nicht etwa für die *non censi* dann ein Wiederaufleben der *lex Furia* zur Folge haben konnte. So stimmt auch die Verrinenstelle zu der Behauptung, dass

dieses Capitel des Gesetzes sich auf Bürger aller Klassen bezog.

Wir kommen nun zu der Frage, ob neben den beiden besprochenen Bestimmungen des Gesetzes eine weitere bestand, die sich wie die erste nur auf Zuwendungen an Weiber bezog. Es handelt sich hier um eine viel und meistens mit Misstrauen behandelte Quellenstelle: Quinct. declam. 264. Die, ob mit Recht oder mit Unrecht, Quinctilian zugeschriebene Declamation trägt folgende Ueberschrift: *Fraus legis Voconiae. Ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare. Quidam duas mulieres dimidiis partibus instituit heredes. Testamentum cognati arguunt.* Diesen Rechtsfall nun behandelt der Declamator im Texte und spricht sich entschieden für die Gültigkeit des Testaments aus, da Wortlaut wie Tendenz der *Lex Voconia* deutlich zeigten, sie habe nicht verbieten wollen, dass mehr als die Hälfte eines Vermögens an mehrere Weiber zusammen gelange, sondern dass ein Weib mehr als die Hälfte erhalte. Hasse (S. 201 f.) gibt folgende Erklärung der Stelle: Das in Rede stehende Testament war an sich ungültig, weil es gegen das Erbeinsetzungsverbot der *L. V.* verstiess. In solchen Fällen nun sei es ein beliebter Kunstgriff der Advokaten gewesen, das erste Capitel des Gesetzes absichtlich zu ignoriren und die Debatte auf ein anderes Gebiet überzuspielen, indem man die Ansicht bekämpfte, als sei schon nach dem zweiten Capitel das Testament hinfällig. Allein auch »in Ermangelung guter Gründe« wäre ein solcher Kunstgriff doch etwas zu plump gewesen. Wird nicht gegen diesen »Kunstgriff« auch der unerfahrenste Gegner sofort erwidern: »Ich bestreite nicht ein Wort Deiner Ausführungen; aber es handelt sich ja gar nicht um Anwendung des zweiten Capitels des Gesetzes, sondern des ersten, wogegen das Testament zweifellos verstösst.« Und können wir glauben, dass irgend ein Richter es sich gefallen liesse, wenn eine Partei ihm weitläufig deducirte, die und die Gesetzes-

stelle könne auf den Fall keine Anwendung finden, wo es sonnenklar ist, dass eine andere Gesetzesstelle wörtlich darauf passt? Wir wollen darauf gar keinen Nachdruck legen, dass der Declamator, wäre er darauf bedacht gewesen, über die Anwendbarkeit des ersten Capitels hinwegzutäuschen, ja jeden Anklang an dasselbe vermeiden musste und gewiss nicht gesagt hätte: *atqui haec quoque non plus quam dimidia parte heres instituta est.* Nein! der Verfasser hat geglaubt, in seinen Ausführungen eine ernsthafte unparteiische Entscheidung des Falles zu geben, wie auch seine ganze Deductionsweise offenbart. Und zwar hält er ganz entschieden den Satz: »*ne liceat mulieri*« etc. (oder einen ganz gleichlautenden) für den Wortlaut und nicht etwa für eine Paraphrase[1]) des Gesetzes. Mehrere Male spricht er in deutlichem Hinweis auf ihn von »*verba legis*« und am klarsten zeigt es sich in den Worten: *Lex illa complexa est, ne plus liceat, quam dimidiam partem mulieri relinquere . . . et apparet potuisse legum latorem, ut si partem demum patrimonii pervenire ad feminas vellet, partem utique viris relinquere, id ipsum cavere. neque id magno aut difficili circuitu effici potuit, sed vel sic scripta lege, non plus quam dimidia pars patrimonii ad feminas perveniret.* Dass diese letztere Fassung des Gesetzes ein im allerhöchsten Grade *magnus et difficilis circuitus* gewesen wäre, wenn das Gesetz in Wahrheit nur die beiden erstbesprochenen Bestimmungen enthielt, bedarf keiner Hervorhebung.

Somit bleibt uns nur einer von zwei Wegen: Entweder es bestand ein drittes Capitel der *L. V.* solchen oder ähnlichen Wortlauts, oder aber der Declamator war falsch unterrichtet. Wie kam er dazu? Ganz einfach. Als factisches Resultat der beiden ersten Capitel des Gesetzes ergab sich, dass kein Bür-

1) Diesen Ausweg wählt Vangerow n. 59. Aehnlich Giraud p. 36, vergl. auch Wieling, lect. jur. civ. p. 223.

ger der ersten Klasse einem Weibe mehr als die Hälfte seines Vermögens von Todes wegen zuwenden konnte. Diesen Satz hatte der Declamator irgendwo gelesen, hielt ihn irrthümlich für den Wortlaut des Gesetzes und knüpfte daran seine Untersuchung. Dieser Weg ist bequem, hat aber auch seine grossen Bedenken. Sollte nicht die dem Verfasser (wer er nun auch sei) imputirte Ignoranz doch etwas stark sein? Dass die *Lex Voconia* die Erbeinsetzung der Frauen den Bürgern der ersten Klasse verbot, war ein sehr bekannter und sehr lange geltender Rechtssatz. Dem Declamator sollte er unbekannt gewesen sein? Ferner, wie kam der so unwissende Declamator dazu, seinen Ausführungen dieses Recht zu Grunde zu legen, das nur vor der *Lex Falcidia* gegolten haben könnte? Endlich macht, unbefangen betrachtet, die *declamatio* durchaus keinen so unvernünftigen Eindruck. Galt der Rechtssatz, so wie ihn der Declamator voraussetzt, so ist seine ganze Ueberlegung und Argumentirung durchaus gerechtfertigt.

Es fragt sich, kann er so gegolten haben neben den beiden ersten, ganz unzweideutig bezeugten Gesetzesbestimmungen? Wir antworten nein, wenn das zweite Capitel gleich dem ersten sich nur auf *classici* bezog; ja, wenn diese Annahme unrichtig ist, wie wir oben behauptet und zu begründen versucht haben. Bezog sich nämlich auch die Legirbeschränkung nur auf *classici*, so müsste gewiss für dieses dritte Capitel dasselbe behauptet werden. Und es ist dann unmöglich, wie der Declamator es thut, auf die Erbeinsetzung einer Frau ein anderes Capitel zur Anwendung zu bringen als das erste. Ferner aber wäre auch der Satz selbst: *ne cui liceat* u. s. w. schwerlich dann in irgend einer Weise in den Rahmen des Gesetzes hineinzubringen. Geradezu absurd wäre es, wenn ein Capitel des Gesetzes sagte: »kein Weib soll von einem *classicus* ein Legat bekommen können, das die Hälfte des ganzen Vermögens übersteigt«, während ein anderes Capitel sagte: »es soll überhaupt

Niemand aus dem Vermögen eines *classicus* mehr durch Legat bekommen können als der Erbe«, also höchstens die Hälfte[1]). Hasse[2]) meint nun, das Capitel *ne liceat* u. s. w. habe allerdings für das Weiberlegat etwas Besonderes bestimmt, nämlich gerade das, was der Declamator als unrichtig bekämpft: es solle die Summe der Weiberlegate die Hälfte der Erbschaft nicht übersteigen dürfen. Für einen solchen Inhalt des Gesetzes hätten wir als einzigen Anhaltspunkt die *declamatio*, die eben sagt, dass es nicht so sei, und dies mit völlig überzeugenden Gründen. Wenn das Gesetz zuerst sagte: *ne quis ... mulierem heredem faciat*, und dann: *ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum .... relinquere*, kann das vernünftigerweise heissen, es solle die Summe der Weiberlegate nicht mehr als die Hälfte betragen? Ganz abgesehen davon, dass Voconius, wenn er das Legiren an Weiber beschränken wollte, es schwerlich auf diese wunderliche Art gethan hätte. Nach Rudorff[3]) wiederum wurde durch dieses Capitel das »absolute Verbot des ersten gemildert durch Zulassung des Partitionslegats und der Singular-Vermächtnisse bis zur Hälfte der Erbschaft über das Maass der *Lex Furia* hinaus«. Dagegen ist zu sagen, dass eine solche Begünstigung der Weiber vor den Männern in Betreff der Legate an sich schon nicht wahrscheinlich ist, dass sie aber, wenn sie existirt hätte, doch nicht mit »*ne liceat*«, sondern mit »*ut liceat*« hätte eingeleitet sein müssen. Ferner wird aber Rudorff dadurch genöthigt, im Widerspruch mit Gajus und Theophilus das zweite Capitel dann so aufzufassen, dass dadurch nicht eine an die Stelle der *Lex Furia* tretende Neuregulirung der Legirfreiheit, sondern nur

---

1) Diese monströse Fassung des Gesetzes vertheidigt Bachofen S. 40 ff. Ebenso Rein, Röm. Privatr. S. 370. Dagegen Rudorff S. 455 f. und bes. Vangerow n. 59 u. 62.

2) Hasse S. 202 f.; ebenso Voigt, Die *condictiones* S. 229.

3) Rudorff S. 455 f. u. Rechtsgesch. (1857) S. 57 f.

eine zweite, durch jene Eximirung der Frauen nothwendig gewordene, neben der *Lex Furia* bestehende Legirbeschränkung der *classici* gegeben sei.

Anders liegt aber die Sache, wenn allein das Erbeinsetzungsverbot der *Lex Voconia* sich auf *classici* bezog. In diesem Falle erscheint es uns allerdings möglich, dass der vom Declamator in so entschiedener Weise als Bestimmung des Gesetzes behauptete Satz thatsächlich so, wie er ihn voraussetzt, neben den beiden besprochenen bestand: Es soll Niemanden erlaubt sein, auf irgend eine Art erbrechtlicher Zuwendungen einem Weibe mehr als sein halbes Vermögen zu hinterlassen (sei es durch Erbeinsetzung, Legat oder *mortis causa capio*). Zunächst erklärt sich dann die Declamation selbst sehr einfach. Der behandelte Rechtsfall war der eines *non in prima classe census;* daher die Erbeinsetzungen der Weiber an sich gültig, und es fragte sich, ob sie gegen dieses dritte Capitel verstiessen. Jene Voraussetzung, dass es sich um einen *non in prima classe census* handelte, war stillschweigend gegeben durch die vorangestellte Ueberschrift: *duas mulieres instituit heredes;* selbstverständlich konnte also der Testator keiner von denen sein, denen mit dürren Worten die Erbeinsetzung der Frauen überhaupt verboten war, denn *quae causae sunt ejusmodi, ut de earum jure dubium esse non possit, omnino in judicium vocari non solent.*

Aber auch in den Rahmen des Gesetzes scheint uns so diese Bestimmung sehr wohl hereinzupassen. Dass es Absicht des Voconius war, vor Allem zu verhindern, dass mehr als die Hälfte der Erbschaft an eine Frau gelange, müssen wir ja in jedem Falle annehmen, auch wenn wir die Quinctilianstelle als unglaubwürdig verwerfen: warum soll also das Gesetz nicht von vornherein die allgemeine Bestimmung enthalten haben: *ne liceat mulieri plus quam dimidiam partem bonorum aut hereditatis aut legatorum nomine mortisve causa relinquere?* Mit

diesem Satze allein nun hätte Voconius seinen Zweck nur unvollkommen erreicht. Denn ohne von seinem Verbote eingeschränkt zu werden, konnte ein Weib durch Accrescenz sehr wohl mehr als die halbe Erbschaft bekommen. Ja man hätte hierauf leicht eine Umgehung des Gesetzes basiren können. Es brauchte ein Testator ein Weib nur auf die Hälfte als Erbin einzusetzen und auf die andere Hälfte Niemanden. Dies zu verhindern, war das einzige Mittel ein absolutes Erbeinsetzungsverbot[1]. Warum man dasselbe nur auf *classici* erstreckte, erklärt sich recht gut aus der von Hasse betonten Compromissnatur des ganzen Gesetzes. Voconius konnte eben nicht mehr durchsetzen und musste sich damit begnügen, seinen Zweck wenigstens für die reichsten Erbschaften vollständig zu erreichen. Ein allgemeines Erbeinsetzungsverbot hätte wahrscheinlich auch die unteren Classen, auf die sich der Tribun gerade stützte, gegen den Entwurf eingenommen und das Gesetz wäre gescheitert. In Verbindung mit diesen beiden Bestimmungen vernothwendigt sich eine Umgestaltung der an sich correctionsbedürftigen *Lex Furia*, in der Weise, dass allgemein Legate bis zur Hälfte des Vermögens freigegeben werden, ohne jedoch dadurch die Erbschaft der Gefahr der Erschöpfung durch Legate von Neuem auszusetzen. Ich glaube,

---

1) Dass man nicht mit dem Begriff der Capacität hier operiren konnte, erklärt sich folgendermaassen: Wenn man sagte, eine Frau soll von einer ihr hinterlassenen Erbschaft niemals mehr als die Hälfte erwerben können, so entstand die grosse Schwierigkeit, was mit dem andern Theile der Erbschaft anfangen, wenn keine Miterben da waren? Eine spätere Zeit vindicirte ihn dem Aerar. Aber es ist sehr wohl begreiflich, dass die Zeit des Voconius sich das nicht zu construiren vermochte. Eine Erbschaft war ein Ganzes, und existirte ein berechtigter Testamentserbe, so konnte kein Theil derselben herrenlos sein oder sonst Irgendwem auf Grund nicht-testamentarischen Rechtstitels zustehen. Deshalb findet mit Unrecht Huschke (Gajus S. 52) einen Widerspruch darin, dass dasselbe Gesetz einmal »die passive *testamenti factio* der Frauen selbst, das andere Mal nur die Erwerbsfähigkeit des Legatars aufgehoben« haben solle.

es ergiebt sich so ein ganz einleuchtender Zusammenhang der drei Capitel unter einander.

Stehen aber auch die anderen über unser Gesetz redenden Quellenstellen mit einer solchen Gestalt desselben in Einklang? Am ungünstigsten scheint die Verrinenstelle. Zwar, dass Cicero in c. 42 von der Bestimmung *ne liceat*, als im Gesetz enthalten, kein Wort spricht, könnte nicht auffallen, da er eben nur mit dem Satze zu thun hat, der auf den Fall des Annius, für welchen Verres seine Rechtsbeugung vorgenommen hatte, speciell Anwendung fand. Bedenklicher aber sieht der Eingang des folgenden c. 43 aus: *ac si hoc juris non unius hominis causa edixisses cautius composuisses. scribis: qui ... heredem fecit, fecerit. quid si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet? cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves?* Hieraus könnte man schliessen, die Bestimmung *ne liceat* habe unmöglich existirt; denn bestand sie, so hätte doch gewiss Cicero sie herausgegriffen, die weit mehr *in eodem genere* war, als jene. — Allerdings, wenn auch aus ihr sich dieselbe Waffe gegen Verres schmieden liess. Dass dies aber nicht der Fall war, können wir uns auf doppelte Art denken. Entweder Verres konnte hier die Inconsequenz, aus der Cicero dessen tendenziöse Edictsabfassung darthut, nicht begehen oder er beging sie hier absichtlich nicht. Er konnte sie nicht begehen, wenn das Capitel *ne liceat* auch nach Civilrecht nicht bloss für *censi* galt. Und das ist, wenn der ausgeführte Gedankengang des Gesetzes richtig ist und wir uns hiernach den Wortlaut reconstruirt denken, höchst wahrscheinlich[1]. Er

---

1) Denn lautete die *Lex* etwa: *Ne liceat mulieri plus quam dimidiam partem bonorum aut hereditatis aut legatorum nomine mortisve causa relinquere. Qui in prima classe civium census erit, omnino ne heredem virginem neve mulierem facito. In quacumque classe census erit, qui testamentum fecerit, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa ab eo capere liceat, quam heredes capient,*

beging sie absichtlich nicht. wenn auch das Capitel *ne liceat* nach Civilrecht nur für *censi* galt, aber Verres die Ausdehnung auf *non censi* auch bei ihm vornahm. Und auch das ist wahrscheinlich, denn das Erbeinsetzungsverbot stand mit diesem Satze dann wohl in so enger Verbindung, dass Verres, so *incaute* er auch edicirte, doch keine Aenderung an dem einen ohne die gleiche an dem anderen vornehmen konnte. In beiden Fällen aber ist klar, dass Cicero gerade daran gelegen sein musste, diese Bestimmung unerwähnt zu lassen, wenn er dem Verres vorwarf, er habe *non iuris sed unius hominis causa* das Gesetz corrigirt.

Was nun die anderen Stellen anlangt, die nur von dem Erbeinsetzungsverbot reden, so erklärt sich dies daraus, dass nirgends eine vollständige Inhaltsangabe der *L. V.* gegeben werden will. Theils handelt es sich um Fälle, wo wirklich nur das Erbeinsetzungsverbot in Betracht kommt[1]), theils um einen kurzen Hinweis auf das Gesetz, Hervorheben der prägnantesten, härtesten Bestimmung desselben[2]); zudem wurden ja mit der Zeit bei dem wachsenden Reichthum die Erbschaften *infra classem* immer bedeutungsloser: derselbe Grund, warum das *in prima classe* Censirtsein nicht als Voraussetzung des Verbotes genannt wird.

Hierzu kommen nun aber eine Reihe von Stellen, die zum mindesten befremden müssen, wenn das Gesetz nur die beiden erstbesprochenen Bestimmungen enthielt, die dagegen ausgezeichnet passen, wenn das Capitel *ne liceat* noch hinzutritt. So vor Allem Cicero de rep. III. 10[3]) die Ausdrücke: *de*

---

so ist klar, dass die oben besprochene Restrictivinterpretation des »*census*« jene Bestimmung nicht mit ergreifen konnte.

1) So Gai. II 274 und Dio Cassius LVI 10.

2) So Augustin de civ. Dei III 21 und Liv. epit. lib. 41.

3) Die Auffindung dieser Stelle bewog Savigny (S. 444), im Nachtrag von 1844 zu seiner 1821 publicirten Abhandlung, der declam. 264 nun mehr Be-

mulierum legatis et hereditatibus und *pecuniae modus statuendus fuit feminis;* ähnlich Cic. de fin. boni et mali II. 17: *nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire* und Gellius noct. att. XX. 1. 23: *plebiscitum Voconium de coercendis mulierum hereditatibus.*

Auch das Verhältniss des Gesetzes zum Intestaterbrecht erledigt sich einfacher, wenn Absicht der *L. V.* nur war, Zuwendungen durch Erbeinsetzungen wie durch Legate nicht über die Hälfte des Vermögens zu gestatten, und das Erbeinsetzungsverbot blos den Zweck hatte, bei grossen Erbschaften jene Absicht auch vollkommen zu erreichen; dann natürlich kann es nicht als Widerspruch gelten, dass sie das Intestaterbrecht der Weiber ganz unberührt liess. Doch ist ein solcher Widerspruch ohnedies nur scheinbar vorhanden. Eine Wunderlichkeit ist es zweifellos, dass eine Tochter oder Schwester gar nichts erben soll, wenn der Testator sie ausdrücklich zur Erbin eingesetzt hat, während sie ihr volles gesetzliches Erbrecht behält, wenn der Verstorbene überhaupt keinen Willen ausgesprochen hat — aber es ist kein Widerspruch. Die erwähnte Wunderlichkeit zu beseitigen, wäre nur auf einem von zwei Wegen möglich: entweder indem man annimmt, die *L. V.* habe da, wo sie die Erbeinsetzung verbot, auch das Intestaterbrecht aufgehoben [1], was einerseits eine unglaubliche Härte und eigentlich nur denkbar gewesen wäre, wenn man zugleich eine Dotationspflicht der Agnaten statuirte, andererseits mit den Quellen nicht vereinbar ist [2]; oder aber — eine weit feinere Hypothese — wenn man meint, die *L. V.* habe nur

---

deutung beizulegen und sich für die Annahme eines vorher geleugneten Capitels *»ne liceat«* (allerdings nicht in dem oben vertheidigten Sinne) auszusprechen.

1) So Perizonius de leg. Voc. p. 304 seq.; vergl. Kind l. c. §§ 49—54.

2) S. bes. Savigny S. 434 ff.; Gans, Erbrecht II S. 381; Vangerow S. 20 u. a. m.

diejenige Erbeinsetzung verboten, die über das Intestaterbrecht hinausging. Als denkbaren Ausweg (nur als das, nicht als Behauptung) hatten dies dargeboten Hugo und Savigny[1]. Es wurde aber ebenfalls als unmöglich nachgewiesen von Hasse[2]. Ist schon mit den allgemein redenden Stellen[3] eine Vereinigung dieser Annahme nur höchst gewaltsamer Weise möglich, mit dem in der Verrinenstelle bezeugten Wortlaut des Gesetzes nur dann, wenn man das »*ne heredem faciat*« so unnatürlich presst, dass darunter diejenigen Testamentserben, die auch ohne Einsetzung Erben würden, nicht fallen, so hat Hasse zudem mit fast mathematischer Gewissheit dargethan, dass in dem Falle des Annius Cicero nur von einer *sua* reden kann[4]. Ohne einen Versuch der Widerlegung jener Beweisführung wird neuerdings in allerbestimmtester Weise diese Einschränkung des voconischen Verbots behauptet von Hölder[5]. Auch Huschke meint[6], die *L. V.* müsse wenig-

---

1) Hugo, Lehrb. d. Gesch. des röm. R. (9. Aufl.) S. 324 u. 327 n. 6; Savigny S. 437 ff.

2) Hasse S. 192 ff.; ebenso Vangerow S. 23.

3) Bes. Augustin, Quinct., Dio Cassius l. cit. Cic. de fin. II 17.

4) Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, dass man dagegen nicht einwenden kann, was im Edict des Verres gestanden habe, müsse nicht auch so in der *L. V.* gewesen sein, denn eine willkürliche Aenderung des Gesetzes in diesem Punkte hätte Cicero dem Verres mit unendlich viel mehr Grund vorgeworfen, als die in Betreff des »*census*«.

5) Hölder, Beiträge S. 110 f. Das Merkwürdigste ist, wie bei Hölder die Vermuthung zur Gewissheit wird. Es heisst in der Quinctilianischen Declamation, ein Weib könne nach der *L. V.* nicht mehr als die Hälfte des Vermögens zugewendet bekommen. Hieraus ergiebt sich nach Hölder, »dass, wenn die Rede ist von einem Maximum des nach der *L. V.* einer bestimmten Person überhaupt zugänglichen, diese Person dadurch charakterisirt ist als eine nicht zur Intestaterbfolge berufene, dass also die wenngleich nirgends ausdrücklich bezeugte testamentarische Erbfähigkeit der Intestaterbinnen nicht sowohl eine willkürliche als eine nothwendige ist«. Widerlegen lässt sich das nicht.

6) Huschke zu der Grabrede auf die Turia in Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 178.

stens die *suae heredes* (von der Art der *Turia*) von ihrem Verbote ausgenommen haben. Aber die Worte »*testamentum, quo nos eramus heredes*« darf man doch wohl nicht zu streng interpretiren. Kann in einer Grabrede, wo es wirklich nicht auf juristisch correcte Ausdrucksweise ankam, der Mann diese Worte nicht gesagt haben, auch wenn er allein zum Erben eingesetzt und seiner Frau etwa die *partitio* gegeben war? Allein auch bessere Gründe, wie die hier von Hölder und Huschke beigebrachten, müssten dem überaus scharfsinnigen und stricten Beweise Hasse's weichen. So bestanden eben jene Inconvenienzen und sie dürfen uns als Ausflüsse eines streng formalistischen Rechts auch nicht Wunder nehmen. Man verlangte auch von dem römischen Bürger, dass er sein Recht kannte, und namentlich, wenn er sich einem so einfachen Satz gegenüber, wie es jenes Erbeinsetzungsverbot war, verging, so waren daraus sich ergebende missliche Folgen seine eigene Schuld, nicht die des Rechts. Fragt man aber, warum Voconius nicht die gleiche Beschränkung wie für das testamentarische auch für das gesetzliche Erbrecht schuf, so sehen wir den Grund wieder mit Hasse vor Allem darin, dass er es nicht durchzusetzen hoffen konnte bei der ihm entgegenstehenden weiberfreundlichen Agitation, namentlich da wahrscheinlich auf dem Gebiete des Intestaterbrechts der die ferneren Agnatinnen ausschliessende Rechtssatz schon bestand; ferner darin, dass es ihm nicht sowohl darauf ankam, das den Frauen natürlicher Weise zukommende Familienvermögen zu schmälern, sondern von aussen zufliessende Reichthümer abzuhalten. Die Intestaterbinnen aber etwa von seinem Verbote zu eximiren, konnte ihm schon deshalb nicht gelegen sein, weil es dann möglich geworden wäre, ihnen auch mehr als ihren Intestaterbtheil zuzuwenden, und eine Erlaubniss, bis zur Höhe des Intestaterbtheils einsetzen zu dürfen, in den einfachen Rechtssatz eine sehr unangenehme Complicirtheit hineingebracht hätte.

Mitwirken konnte ferner auch gewiss die Erwägung, die Savigny angiebt, dass die *ab intestato* erbende *sua* in die Tutel ihrer Agnaten kam, während der testamentarisch eingesetzten zugleich vom Vater und noch mehr vom Gatten ein beliebiger Tutor bestellt werden konnte[1], der ihr ganz andere Freiheit in der Vermögensverwendung einräumte als die strengen Agnaten; hatten diese doch als nächste Intestaterben ein unmittelbares Interesse an der unverminderten Erhaltung des Vermögens der Frau.

Hierin, d. h. in dem Umstande, dass die gesetzliche Erbfolge unverändert neben der voconischen Erbbeschränkung galt, ist zweifellos auch der Grund zu suchen, warum die Vestalinnen (und, wie *per analogiam* zu folgern, auch der *flamen dialis*[2]) von derselben activ und passiv eximirt waren[3]. Denn die Vestalin trat, sobald sie »gefasst« war, aus ihrer Familie heraus, hatte in Folge dessen kein Intestaterbrecht, noch wurde sie *ab intestato* beerbt[4]. Deshalb hätte sie die voconische Beschränkung des testamentarischen Erbrechts ungleich viel härter getroffen als alle Andern, was bei ihr, als einer gerade vom Recht besonders begünstigten Person[5], nicht wohl anging.

Ebenso wie das Intestaterbrecht ist auch — so nimmt man seit Savigny ziemlich allgemein an — das formelle Notherbrecht mit dem Erbeinsetzungsverbot der *L. V.* nicht unverträglich[6]. Es lag vielmehr nach dieser Ansicht hierin gerade eine Milderung, ohne welche jenes harte Gesetz selbst kaum erträglich gewesen wäre, sei es nun, dass sie von vornherein

---

1) Das trifft ja allerdings nicht zu für die *consanguinea* (Hasse S. 190), was aber nicht beweist, dass darum dieser ganze Grund hinfällig ist.

2) S. Gai. III 114.

3) Cic. de rep. III 10. Vergl. Hasse S. 213 f.; Bachofen S. 102 f.

4) Gell. noct. att. I 12.

5) Vergl. Plut. Numa c. 10.

6) Vergl. Hasse S. 189; Bachofen S. 54 ff. u. 91; Vangerow S. 25; Schmidt, Das formelle Recht der Notherben S. 23 n. 63 u. A. m.

schon bestand oder erst nachträglich als Modification aufkam. Gewiss mit Recht heben Savigny und Hasse übereinstimmend hervor, dass es für die Beurtheilung dieses Verhältnisses ziemlich indifferent ist, ob wir annehmen, dass zur Zeit der *L. V.* jenes Präteritionsrecht schon bestand, oder dass es erst nach derselben, aber noch während ihrer Geltung, sich entwickelte.

Gleichwohl scheint mir hier die Sache ganz anders zu liegen, und ein Widerspruch zwischen dem Erbeinsetzungsverbot und dem s. gen. formellen Notherbrecht nicht »bloss in unserer Vorstellung«[1], sondern in voller Realität zu existiren. Und zwar nicht etwa deshalb, weil ein Verbot einzusetzen und eine Pflicht zu bedenken nicht mit einander bestehen könnten; über solche Skrupel hätte sich wohl das Recht jener Zeit hinweggesetzt; nicht in der *ratio* des Präteritionsrechts sehe ich einen Widerspruch mit dem Erbeinsetzungsverbot, sondern in seiner Erscheinungsform. Der Satz: *sui instituendi vel exheredandi* muss m. E. da cessiren, wo die Institution unmöglich ist. Der *suus*, welcher weder instituirt noch exheredirt ist, gilt als präterirt, und für ihn treten die bestimmten Präteritionsfolgen ein. Nun kann man doch nicht an die Nicht-Institution dessen, der rechtlich nicht instituirt werden kann, die Rechtsfolgen der unterlassenen Institution knüpfen? Ein relevantes Unterlassen kann doch nur da vorliegen, wo das Thun möglich war. Ist es denkbar, dass die Römer zu irgend einer Zeit und aus welchen Gründen immer sich so sehr an der Logik sollten versündigt haben, dass sie eine Person, wenn sie instituirt war, nicht als *instituta*, hingegen, wenn sie präterirt war, als *quasi-instituta* gelten liessen? Zu diesen theoretischen Bedenken gesellen sich auch practische. Wie sollen wir uns Erbeinsetzungsverbot und Präteritionsrecht neben einander bestehend

1) Hasse S. 208.

denken? Wenn die *sua* entgegen dem Verbot der *L. V.* instituirt ist, so ist diese Institution ungültig, also rechtlich nicht vorhanden. Mithin ist die instituirte Tochter eines *in prima classe census* präterirt. Müsste man ferner annehmen — wie es uns wirklich der Consequenz zu entsprechen scheint — dass, wo Einsetzung unmöglich ist, es auch keine Enterbung geben kann, so käme man zu dem Resultate, dass ein *in prima classe census*, wie er es auch anfängt, immer seine Tochter präteriren muss. Da das doch wohl nicht angeht, müssten wir vom Standpunkte des Präteritionsrechts jene Institutionen und Exheredationen als gültig ansehen. Dann ergiebt sich für den *in prima classe census* eine neue merkwürdige Form, die Tochter zu exherediren: indem er sie nämlich instituirt. Sollen wir ferner glauben, dass bei der gerade in Folge der *L. V.* weiblichen Verwandten gegenüber besonders gebräuchlichen Aussetzung des Partitionslegats[1]) die *sua* immer nebenbei exheredirt sein musste? Die Behauptung, dass hierbei »im Resultat immer Alles sehr verständig sich zurechtstellte«[2]), scheint unter diesen Umständen doch etwas optimistisch. Unseres Dafürhaltens hätte sich als Resultat des Nebeneinanderbestehens der beiden Rechtssätze zum mindesten eine völlige Confusion der Begriffe Institution, Präterition und Exheredation ergeben.

Wie ich glaube, sind wir daher genöthigt anzunehmen, dass stets diejenige *sua*, die nicht instituirt werden durfte, auch nicht präterirt sein konnte. Eine weitere erbrechtliche Zurücksetzung liegt darin absolut nicht: »nicht instituirt werden dürfen« ist das *majus*, in dem das »nicht präterirt sein können« als *minus* enthalten ist. Aber auch factisch wurde dadurch den Frauen nicht viel entzogen. Einmal erlitten sie dadurch

1) Cic. pro Caec. c. 4; pro Cluent. c. 7; Laud. Murdiae in Bruns Fontes (3. Aufl.) S. 212. Bachofen S. 53.

2) Hasse a. a. O.

einen wirklichen Schaden nur für den Fall (der gewiss bei ihnen gerade höchst selten vorkam), wo der Vater wirklich nicht an sie gedacht hatte. Ferner aber wurde ihnen ja bald in dem materiellen Pflichttheilsrecht das Mittel gegeben, auch wenn sie formell gültig vom Nachlass ausgeschlossen waren, mit der *querela inofficiosi* ihr Erbrecht geltend zu machen.

Was übrigens die Stellung der Quellen zu dieser unserer Behauptung betrifft, so sagt Ulpian in Fr. 3 § 10 de bon. poss. contra tab. (37, 4) ausdrücklich: »*Liberi, qui institui heredes jure non possunt, nec contra tabulas bonorum possessionem petere possunt*«. Dass dieser Satz eine Eigenthümlichkeit des prätorischen Rechts entgegen dem civilen ausspreche, möchte schwer zu begründen sein. Was man dafür anführen könnte, dass die *bon. poss. contra tab.* eben ein gültiges Testament zu ihrer Voraussetzung habe, und dass der Contratabulant das Testament nicht umstosse, sondern vielmehr wie ein Testamentserbe behandelt werde, sind Momente, die gerade noch in höherem Maasse gelten für das civile Accrescenzrecht der *suae* als *quasi scriptae.*

Zusatz.

Wir haben hier noch die Besprechung zweier sich mit unserer *Lex* beschäftigenden Stellen nachzutragen, die wir bis zum Schlusse verschoben haben, weil sie unserer Meinung nach für die Feststellung des Inhalts des Gesetzes im Einzelnen nichts ausgeben, und zugleich für ihre Behandlung ein Ueberblick über den ganzen Inhalt des Gesetzes nothwendig oder zum mindesten förderlich ist. Es sind dies Cicero de fin. II. 17 (u. 18) und de republ. III. 10.

Die erste Stelle behandelt folgenden Fall: Q. Fadius Gallus hatte in seinem Testamente den P. Sextilius Rufus zum

Erben eingesetzt, dabei aber bemerkt, er habe denselben bereits gebeten, die ganze Erbschaft seiner, des Fadius, Tochter herauszugeben. Rufus weigerte sich nun, dies zu thun, indem er behauptete, zunächst sei es gar nicht wahr, dass Fadius ihm gegenüber diesen Wunsch geäussert habe, und *addebat etiam, se in legem Voconiam iuratum*[1]) *contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur.* Von diesen *amicis* (*multi amplissimi viri*, auch Cicero selbst war darunter) heisst es nun: *nemo censuit plus Fadiae dandum quam posset ad eam lege Voconia pervenire.* Und Cicero fährt fort: *tenuit Sextilius permagnam hereditatem, unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponerent, nummum nullum attigisset.* Die Hauptschwierigkeit ist hier, was die Worte: *nemo censuit — pervenire* sagen. Sie scheinen die Ansicht der Juristen, was Rufus thun solle, zu enthalten. Was aber ist diese Ansicht? Er müsse die ganze Erbschaft restituiren[2])? Das kann doch unmöglich in den Worten liegen: er brauche nicht mehr herauszugeben, als nach der *L. V.* erlaubt sei. Dass er die Hälfte, wie es die *L. V.* gestattete, herauszugeben habe[3])? Dann hätten also jene *amplissimi viri* nicht auch zu denen gehört, *qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponunt*[4]), nach deren *sententia* er ja, wie Cicero ausdrücklich sagt, gar nichts behalten durfte.

---

1) Diese Worte beziehen sich wohl darauf, dass er als Praetor geschworen habe, die Gesetze zu halten (so Savigny, Hasse u. A. m.). Giraud allerdings glaubt an einen speciellen Eid auf die *L. V.* und knüpft daran die pathetischen Worte (p. 55): En vain fit-on jurer de l'observer (sc. la loi), le droit du sang fit taire le droit politique.

2) So Bachofen S. 103 ff.

3) Die »*communis opinio doctorum*« nach Bachofen.

4) Das sind doch wohl »alle ehrenhaft Gesinnten«, »jeder Ehrenmann«, nicht, wie Hasse S. 192 meint, die Stoiker im Gegensatz zu den Epikuräern. Denn es ist kein Monopol der Stoiker, um des eigenen Vortheils willen nicht unehrenhaft zu handeln (*honesta commodis anteponere).*

Zugleich bleibt unverständlich, wenn man für eine dieser Ansichten sich entscheidet, wieso Rufus, der doch gerade erklärt hatte, den Rath der *amici* befolgen zu wollen, trotzdem die ganze Erbschaft behielt — denn anders als auf das Behalten der ganzen Erbschaft werden sich die Worte: »*tenuit permagnam hereditatem*« schwerlich deuten lassen[1]. Entgeht man diesem Widerspruch durch die Annahme, eben dies habe auch der Ansicht der befragten Freunde entsprochen[2], — was übrigens auch wieder mit dem Wortlaut sich sehr schwer vereinigen lässt, denn *nemo censuit plus dandum, quam* . . . setzt doch eigentlich voraus, dass nach Ansicht der Sprechenden ein *minus dare quam* keine factische Unmöglichkeit ist, ihr *non plus* nicht = *nihil* — so tritt dafür die erwähnte Disharmonie zwischen den *amplissimi viri* und den *ei, qui — anteponunt* um so schreiender hervor. Man kommt somit zu grossen Unzuträglichkeiten, auf welche Weise man immer annimmt, dass die Juristen mit den Worten *non plus — pervenire* eine Entscheidung des Falles gegeben hätten, und dies erklärt sich m. E. nur so, dass die Worte eine solche Entscheidung eben nicht enthalten. Der Zusammenhang der Stelle wäre vielmehr folgender: Sextilius wolle von den *amicis* gar keinen Rath, was er thun solle, keine Entscheidung, denn als ein »*callidus improbus*« wusste er ganz genau, dass auf eine solche Anfrage ihm jene *amplissimi viri* nur das sagen konnten, was er nicht wollte, und was jedes Ehrenmannes Pflicht war, nämlich er müsse das Fideicommiss erfüllen. Deshalb fasste er sehr schlau die Sache so an, dass

---

1) Ausser diesen Worten spricht hierfür auch das Voraufgehende: Zwei Gründe führt Sextilius an, die Auszahlung des Fideicommisses zu verweigern. Erstens es sei ihm gar nicht aufgelegt. Das glaubt Niemand. Zweitens *(addebat etiam)* die *L. V.* Mit diesem Zweiten denkt er doch offenbar dasselbe zu erreichen, wie mit dem Ersten, und nicht etwa dort die ganze, hier nur die halbe Erbschaft. Er sagt: Gesetzt auch, das Fideicommiss sei mir auferlegt, so liegt die Sache ebenso, denn die *L. V.* verbietet die Auszahlung.

2) Hasse S. 192.

stets die Interpretation des Bescheides der Juristen noch bei ihm lag. Er trug ihnen allerding seinen Fall vor *(rem ad amicos deferebat)*, aber seine Frage lautete nicht, was er zu thun habe, sondern einfach, ob er gegen die *Lex Voconia* handeln dürfe: *se in legem Voconiam juratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur;* nur hierauf verlangt er Antwort: von seinen sonstigen Ausführungen mögen sie denken, was sie wollen [1]), aber um ihre Ansicht darüber sind sie nicht gefragt. Auf diese Frage nun, ob er der *Lex Voconia* entgegenhandeln dürfe, konnte die Antwort nur lauten: Nein, das dürfe er nicht (umschrieben: *nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire* [2])). Das war es eben, was Rufus wollte: er gab die Erbschaft nicht heraus, weil die *Lex Voconia* die Erbeinsetzung einer Frau verbiete, und seine Freunde ja gesagt hätten, er dürfe dieses Gesetz nicht verletzen: *magni enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges sed legibus partam.*

Die zweite zu betrachtende Stelle ist Cicero de rep. III 10. Philus sagt dort unter anderen leicht verständlichen Vorwürfen gegen die *L. V.* auch: *cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris millies, salva lege, mea tricies non possit.* Dass die *unica filia* ausdrücklich von dem Verbot der *L. V.*

---

1) »*nemo nostrum credebat*«.

2) Am nächsten steht der ausgesprochenen Auffassung Savigny S. 428 ff., der diese Worte versteht als eine vorläufige, vor aller Untersuchung abgegebene Erklärung, »man wolle der *L. V.* nicht zu nahe treten«. Dagegen sieht Savigny dann in der *sententia eorum qui — anteponerent* die später ausgesprochene »wahre Meinung« eben wieder jener Juristen. Aber wenn diese wirklich ihre wahre Meinung über den Fall äussern wollten und sollten, hätten sie da eine lange Untersuchung nöthig gehabt und erst eine vorläufige Erklärung noch abzugeben brauchen? Und in dieser vorläufigen Erklärung sollten sie alle einmüthig (*nemo censuit, plus* etc.) das Bedürfniss fühlen zu versichern, man wolle der *L. V.* ja nicht zu nahe treten, während sie nach geschehener Untersuchung ebenso einmüthig erklären, die *L. V.* sei »in der That auf den Fall nicht anzuwenden«?

eximirt gewesen sei, wie man zur Erklärung der Stelle zunächst anzunehmen versucht ist, wird widerlegt nicht nur durch die ausdrückliche gegentheilige Versicherung Augustin's[1]), sondern auch durch die Verrinenstelle, worauf man diese Annahme einst gerade mit zu stützen meinte[2]). — Die wohl verbreitetste Auslegung[3]) der Stelle nimmt an, *aeris millies* sei gedacht als die Hälfte des Vermögens des Crassus, welche er nach der *L. V.* seiner Tochter zuwenden konnte; Philus hingegen habe nicht ganz 6 Millionen besessen, also seiner Tochter nach der *L. V.* nicht ganz 3 Millionen vermachen können[4]). Philus meint hiernach: heisst es etwa *pecuniae modum statuere feminis*, wenn man solche Unsummen einer Frau zu hinterlassen erlaubt, hingegen bei unendlich viel kleineren Summen mit seinem Verbote einschreitet? Der Einwand Bachofen's (S. 99), dass nach dieser Erklärung Philus nur eine »Klage des Aermeren wider das bessere Glück des Reichen« erhebe, ist sonach nicht zutreffend. Allein mit dem Wortlaut der Stelle scheint mir diese Auffassung schwer zu vereinen. Einmal scheint doch das »*aeris millies*«, als runde Bezeichnung für eine kolossale Summe gewählt, auf das ganze Vermögen des Crassus

---

1) Aug. de civ. Dei III 21, wenn man nicht zu dem Zweck das »*nec unicam*« in »*nisi unicam*« verändert.

2) S. dazu vorzügl. Zumpt, Commentar S. 185: Wenn von der *L. V.* nicht nur activ der *non census*, sondern auch passiv die *unica filia* eximirt gewesen wäre, »*Verres non iniquus sed amens fuisset, qui contra legem Anniae conaretur hereditatem detrahere*«. — Gegen die ganz willkürliche Erklärung, die annimmt, des Crassus Tochter sei Vestalin gewesen und darum von der *L. V.* eximirt (Jena'sche Literaturzeitung 1823 No. 34), s. Hasse im »ergänzenden Zusatz« (zu Rhein. Mus. III Heft 2).

3) Sie ist z. B. die von Zumpt a. a. O.; Giraud p. 54; Mommsen S. 9. Nach Giraud: »évidemment .... la seule admissible«, und auch nach Mommsen »völlig bewiesen«.

4) Mit einer kleinen Modification bei Zumpt: »*ad Crassi divitis filias (duas enim habebat) tantum pecuniae pervenire posse per legatum, quantum ad suam non perveniret, si liceret sibi eam heredem instituere*«.

sich zu beziehen und nicht auf das halbe. Vor allem aber bliebe so der nachdrucksvolle Zusatz: »*si unica patri esset*« vollständig unerklärlich. Warum müsste es gerade die einzige Tochter sein, damit Crassus ihr die Hälfte seines Vermögens zuwenden könnte? Das konnte er *salva lege Voconia* ja seiner Tochter stets hinterlassen, so viele Kinder er auch hatte, ja nicht nur seiner Tochter, sondern auch jedem anderen Weibe. Wenn das *si unica patri esset* einen Sinn haben soll, so muss nothwendig die einzige Tochter bei dem Verhältniss, das Cicero hier im Auge hat, eine besondere Stellung einnehmen. Betrachten wir nun aber das Erbrecht der Frauen im Zusammenhang, wie es durch die *L. V.* sich ergab, so liegt es ja thatsächlich so, dass kein Weib mehr als die Hälfte eines Vermögens erben kann (weder *ex testamento* noch *ab intestato*), mit Ausnahme gerade der einzigen Erbin (*sua* oder *consanguinea*) eines *ab intestato* Verstorbenen. Dieser Punkt ist es also auch, den Philus herausgreift. Die *L. V.*, sagt er, will dem Frauenreichthum eine Grenze setzen. Und doch kann ein Weib das kolossalste Vermögen erben[1]), ohne dass durch den Modus der *L. V.* irgend eine Reduction eintritt; es brauchte z. B. der hundertfache Millionär Crassus nur eine einzige Tochter zu haben und ohne Testament zu versterben. Aber wenn ich meiner Tochter nur 3 Millionen hinterlassen wollte (ihr Intestaterbtheil beträgt nicht so viel), dann schreitet die *L. V.* ein und sagt, mehr als die Hälfte Deines Vermögens darfst Du einem Weibe nicht zuwenden.

Die Einwendungen, die gegen eine derartige Erklärung[2])

---

1) Dass gerade dieses allgemeine »erben« es ist, wovon Philus spricht, nicht bloss testamentarisch erben, und nicht bloss als *heres*, sondern auf irgend welche Weise in das Vermögen eines Verstorbenen succediren, das beweist der gewiss nicht ohne Absicht gewählte, sonst ganz unpräcise Ausdruck: »*posset habere*«.

2) Sie ist im Wesentlichen die zuerst von Hasse (S. 183 ff., speciell

der Stelle gemacht worden sind, sind nicht stichhaltig; am allerwenigsten die Giraud's: »la supposition que Cicéron veut parler de l'héridite ab intestat n'est pas conciliable avec les mots *salva lege*«, welche Worte doch nichts heissen als: »ohne dass die *L. V.* es verbietet«, und sich höchstens für unsere Auffassung verwerthen lassen. In Nichts widerlegend sind ebenso die Bedenken Bachofen's [1]), die alle davon ausgehen, als ob Philus mit diesem Satze der *L. V.* den Vorwurf der Unbilligkeit machen wolle, während es vielmehr eine Ungereimtheit ist, die er hervorhebt, eine aus dem Gesetze hervorgehende Consequenz, die weder durch die innere Vernunft, noch durch die *ratio* dieses selbst sich begründen lässt. Die Erklärung Bachofen's selbst, wonach die Tochter des Crassus noch *in potestate* gewesen sei, die des Philus dagegen *in manu mariti*, entbehrt jedes Anhaltspunktes und dürfte zum mindesten gezwungener sein als die angenommene. Man könnte zudem Bachofen hier mit seinen eigenen Waffen schlagen. Wenn es der *L. V.* nicht zur Last fallen könnte, »dass Philus viele Kinder und verhältnissmässig wenig Vermögen hat«, wäre etwa das ein gerechtfertigter Vorwurf für die *L. V.*, dass Philus seine Tochter emancipirt oder *in manum* gegeben hat, und sie ihn infolge dessen nicht mehr *ab intestato* beerben kann?

Unerklärt und unerklärlich bleiben zum Schlusse die Worte des Plinius panegyr. c. 42: *Locupletabant et fiscum et*

S. 186) gegebene. Ebenso Savigny (Nachtrag) S. 445; Rein, Röm. Privatr. S. 369; Vangerow n. 51.

1) S. 97 ff., bes. S. 98 u. 100. Worin sich speciell bei der im Text vertheidigten Erklärung der »gemeinschaftliche Irrthum« aller Erklärungsversuche, nämlich die »stillschweigende Annahme, als habe die *L. V.* es sich angelegen sein lassen, den Reichthum der Weiber bis auf eine »bestimmte Summe« bei Allen gleichmässig festzustellen«, äussern soll, ist uns völlig unerfindlich. Dieser gemeinschaftliche Irrthum dürfte vielmehr gerade das sein, was dem Philus als das vernünftiger Weise von der *L. V.* zu Erstrebende vorschwebt, wenn man einmal ihre Tendenz *(pecuniae modum statuere feminis)* billigte.



aerarium non tam Voconiae et Juliae leges, quam etc., wenn dieselben nicht mit Bachofen (S. 121 f.) auf ein viertes Capitel der *L. V.*, das als Vorläufer der *Julia vicesimaria* eine Erbschaftssteuer fixirt hätte, zu beziehen sind. Denn damit, dass etwa eine gegen die *L. V.* verstossende Zuwendung dem Fiscus als *caducum* anheimgefallen wäre[1]), lassen sie sich nicht erklären. Durch eine ungültige Erbeinsetzung entsteht kein *caducum*. Hierfür ist auch beweisend die Ueberschrift der Quinctilianischen Declamation: *quidam duas mulieres . . . instituit heredes; testamentum cognati arguunt.*

1) So Voigt, Die condictiones S. 231.

IV. Capitel.

Die Lex Julia et Papia Poppaea in Bezug auf das testamentarische Erbrecht der Frauen.

Die *Lex Julia et Papia Poppaea*, dieses wichtigste oder wenigstens umfassendste aller seit den 12 Tafeln erlassenen Gesetze[1]), enthielt eingreifende Neuregelungen des testamentarischen Erbrechts, bei welchen zum Theil für Weiber etwas Anderes gegolten haben soll, als für Männer. Der Inhalt dieser Besonderheiten ist im Folgenden zu untersuchen.

Das Gesetz straft die Ehe- und Kinderlosen durch aufgehobene, respective beschränkte Capacität in Bezug auf das denselben letztwillig Zugewandte. Der *orbus* soll davon nur die Hälfte, der *caelebs* gar nichts erwerben können, *nisi intra dies centum legi paruerint*, und vorausgesetzt, dass es sich nicht um Zuwendungen unter *personae exceptae* handelt, oder die Betreffenden in einem Alter stehen, in welchem das Gesetz die Ehe resp. Kinder von ihnen nicht verlangt[2]). Als eine hierbei bestehende Zurücksetzung der Frauen wird nun meist angenommen, dass für die *solidi capacitas* bei Männern ein Kind, bei Frauen dagegen drei Kinder vorausgesetzt wurden[3]). Es

---

1) Vergl. Kuntze, Cursus S. 188.

2) Vergl. bes. Sozom. hist. eccles. I 9. Gai. II 111; 144; 286; Ulp. XVI 1; Fr. Vat. §§ 185; 214—219.

3) Siehe z. B. Rein, Röm. Privatr. S. 213; Rudorff, Rechtsgesch. I S. 67; Puchta, Institut. II S. 452 (9. Aufl. ed. Krüger 1881); Vering,

wäre dies höchst sonderbar, da die Entziehung der Hälfte des Zugewandten als Strafe für die *orbitas* eintritt, und der Begriff der *orbitas*, der Kinderlosigkeit, doch nicht gut für Männer anders als für Frauen gefasst werden kann. Gajus sagt so klar wie möglich: *Orbi, id est, qui liberos non habent, quos lex [Papia plus quam dimidias partes hereditatis legatorumque capere vetat*[1]*)]* . . (II. 111) und . . . *Orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatium legatorumque perdunt* . . (II. 286a) und dazu in seinem Commentar zur *Lex Julia et Papia* (Fr. 148 de V. S.): *Non est sine liberis, cui vel unus filius unave filia est: haec enim enuntiatio »habet liberos« »non habet liberos« semper plurativo numero profertur.* Uns scheint neben diesen Aussprüchen die Möglichkeit geradezu undenkbar, dass Gajus vorausgesetzt haben solle, für Frauen, für *orbae*, bedeute sein *liberos non habere* »nicht drei Kinder haben« und etwas Anderes als für Männer. Diese ganze Annahme scheint aber zurückzuführen auf eine Vermengung der gleichlautenden Ausdrücke *liberos habere* und *ius liberorum (i. e. trium liberorum) habere;* nur von dem letzteren sprechen wenigstens die Stellen, auf die man sich zu berufen pflegt[2]). Jenes *ius (trium) liberorum*[3]) hat aber eine ganz andere Bedeutung, als das *liberos habere* = *non orbum esse* der *Lex Papia.* Es gründet sich allein auf die Thatsache der Geburt von drei Kindern, kann daher, einmal erworben, niemals verloren gehen, weder durch den Tod dieser Kinder, noch durch Auflösung der Ehe[4]). Dieses

---

Röm. Erbr. S. 278 n. 3; dagegen Hartmann in Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 224 ff.

1) Ergänzung Huschke's.

2) Dio Cass. LV 2; LVI 10; Paul. IV 9 § 7; Fr. 135, 137 de V. S.; Sueton, Claud. 19.

3) Vergl. dazu auch Jörs, Ueber das Verh. der Lex Julia de mar. ord. zur Lex Papia Popp. (Inauguraldissertation. Bonn 1882) §§ 23 u. 40.

4) Paul. l. c. § 9: *Jus liberorum habet, quae tres filios aut habet aut habuit*

dagegen setzt voraus das augenblickliche Haben von Kindern und das Bestehen der Ehe; und seine Steigerung heisst nicht *ius trium liberorum*, sondern *tres liberos (incolumes) habere*[1]. Bei jenem können selbstverständlich nur leibliche Kinder des ersten Grades in Betracht kommen; bei diesem billiger Weise auch der an Stelle des Sohnes rückende Enkel, den der Grossvater zu ernähren hat[1]. Begrifflich kann somit nicht nur *liberos* haben, wer das *ius liberorum* in diesem Sinne nicht hat, sondern auch das *ius liberorum* haben, wer *liberos* nicht hat. Die letztere Consequenz aber schnitt das Recht aus Billigkeitsrücksichten ab: das *ius trium liberorum* befreite von den Strafen der Orbität, schloss also rechtlich das *liberos habere* ein[2]. Und deshalb gerade war die Nachsuchung dieses Rechts, das auch künstlich vom Senat bezw. Princeps ertheilt werden konnte (anfangs denjenigen *οἷς τὸ δαιμόνιον μὴ δῷ τοσαυτάκις τεκνῶσαι*, später auch ohne solchen Grund), so gewöhnlich. Es wird aber Männern[3] ebenso gut verliehen, wie Weibern, und wenn mehrfach von diesem Recht speciell mit Bezugnahme auf Letztere

---

. . . *habuit, quae amisit*, u. § 1 eod.: *ut jus liberorum consecutae videantur, ter . . . peperisse sufficiet.*

1) Vergl. z. B. § 1 I. de excus. (1, 25); Fr. 2 §§ 3 u. 4 eod. (27, 1); Fr. 3 § 6 de mun. (50, 4); Fr. 104, 148, 149, 220 de V. S.; C. 24 de decur. (10, 32); C. 3, 6 de his qui num. lib. (10, 52).

2) Dio Cassius LV 2: *ὥστε σφᾶς μήτε τοῖς τῆς ἀπαιδίας ἐπιτιμίοις ἐνέχεσθαι καὶ τὰ τῆς πολυπαιδίας ἆθλα πλὴν ὀλίγων τινῶν καρποῦσθαι.* Diese *ὀλίγα τινὰ τῆς πολυπαιδίας ἆθλα*, die im *ius liber.* nicht enthalten waren, werden gerade diejenigen gewesen sein, die, wie z. B. die *tutelae excusatio*, sich an das Haben von drei Kindern oder mehr knüpften. Fr. vat. §§ 170, 191, 247; Fr. 2 § 4 de excus. (27, 1)

3) Dio sagt ausdrücklich a. a. O.: *εἴτ' οὖν ἀνδρῶν εἴτε γυναικῶν*. Ausserdem suchen in einer Reihe von Stellen gerade Männer das *ius trium* nach. Vergl. z. B. Plin. epist. II 13; X 2, 95, 96; Sueton, Galba 14; Martial, epigr. II 91, 92; III 94, 95; VIII 36; IX 67, 98. Besonders charakteristisch dafür, dass auch der Vater dieses Recht durch die Geburt des Kindes, als dessen Erzeuger er galt, erwarb, ist Mart. II 91 cit.: *Quod fortuna vetat fieri permitte videri — Natorum genitor ut credar esse trium.* Vergl. übrigens Jörs a. a. O. § 43.

die Rede ist, so erklärt sich dies daraus, dass für sie noch mehr Vortheile im Einzelnen sich daran knüpften, wie Befreiung von der Tutel und das tertullianische Erbrecht.

Wenn wir uns somit nicht der Ansicht anschliessen können, dass betreffs der Strafen der Orbität eine Unterscheidung zwischen Männern und Weibern Platz gegriffen habe, so geht es uns nicht anders mit einem zweiten, wie es scheint ganz allgemein als Bestimmung der *Lex Papia* anerkannten Satze, wonach die durch dieses Gesetz eingeführte *caducorum vindicatio* nur Männern zugestanden haben soll[1]. So viel ich sehe, fusst diese Annahme auf zwei Gründen: 1. darauf, dass dieses Recht mehrfach als ein *ius patrum* bezeichnet wird, als die Berechtigten *legatarii patres* schlechtweg genannt werden[2], 2. ganz besonders auf Fr. Vat. § 195, aus welcher Stelle man folgert, dass nur denjenigen die *caducorum vindicatio* zustand, die *liberi* im Sinne des prätorischen Erbrechts (also *sui* oder *emancipati*) hatten. Als bestärkend führt man dann eine Stelle aus Gajus' Commentar zur *Lex Papia* an[3], in welcher gesagt wird, keine Frau könne *sui* oder *emancipati* haben. Dass der erste dieser Gründe im besten Falle als Bestätigung, niemals als Beweis dienen kann, bedarf kaum einer Ausführung. Wenn man für *ei qui liberos habent* einen prägnanten, kurzen Ausdruck brauchen will, so kann man doch sehr wohl dafür *patres* sagen, ohne damit negiren zu wollen, dass den *eae, quae*

---

1) S. besond. Rudorff, Ueber die caduc. vind. in Savigny's Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft VI S. 410. Derselbe, Rechtsgesch. S. 68; Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht u. s. w. (1837) S. 160 f.; Huschke, Recension des Vorausgehenden in Richter's kritischen Jahrbb. 1838 S. 327; Burchardi, System u. innere Gesch. d. röm. Privatr. IV S. 1299; Walter, Rechtsgesch. II S. 326 (§ 686); Hartmann in Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 236 n. 22; Danz, Lehrb. II S. 175 f.

2) Ulp. I 21; Fr. de iure fisci § 3; nur *(iura) parentum* bei Juv. sat. IX 87; Tac. Ann. III 28.

3) Fr. 13 de suis (38, 16).

liberos habent oder den *matres* das gleiche Recht zustünde. Oder soll Ulpian, wenn ihm der Ausdruck *legatarii, qui liberos habent* unbequem ist, etwa dafür sagen: *legatarii patres sive legatariae matres?* Der einzige Beweisgrund scheint also in Fr. Vat. § 195 zu liegen. Diese Stelle lautet: *Ex filia nepotes non prodesse ad tutelae liberationem, sicuti nec ad caducorum vindicationem, palam est.* Hieraus leitet man ab, dass Tochterenkel ausnahmsweise bei der *tutelae liberatio* und der *caducorum vindicatio* nicht unter die *liberi* zählten, und diese Ausnahme ist dann nicht anders zu erklären, als dass hier das Gesetz das »Erforderniss agnatischer Descendenz«[1]) aufgestellt und folglich Weiber von diesem Rechte ausgeschlossen habe. Wenn wir nun aber schwerwiegende Zeugnisse dafür haben, dass die *caducorum vindicatio* zur Voraussetzung weiter nichts hatte als das *liberos habere = non orbum esse*, müssen wir dann nicht aus jener Stelle eine ganz andere Consequenz ziehen? Die nämlich, dass Tochterenkel nicht ausnahmsweise hier, sondern überhaupt nicht zu den *liberi* im Sinne der *Lex Papia* zählten, und nicht deshalb, weil sie nicht zur agnatischen Descendenz gehörten, sondern aus einem andern Grunde[2]). Der Sinn der Stelle wäre dann der: dass Tochterenkel nicht mitzählen bei den drei Kindern, die zur *tutelae liberatio* erfordert werden, liegt am Tage *(palam est)*; sie gelten ja auch nicht als *liberi* bei der *caducorum vindicatio*, d. h. überhaupt nicht, wo es auf ein *liberos habere* im Sinne der *Lex Papia* ankommt. Die Annahme nun, dass das *liberos habere*, welches Voraussetzung der *caducorum vindicatio* bildet, identisch ist mit *non orbum esse*, und folglich Frauen, da sie doch *non orbae* sein können, auch das Recht der *cad. vind.* zustehen muss, scheint mir wieder durch Gajus zur Noth-

---

1) Hartmann a. a. O.

2) S. über diesen andern Grund unten S. 64.

wendigkeit gemacht. Derselbe sagt (II. 286a): *Item orbi . . . per legem Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatium legatorumque perdunt . . . . eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent*[1]). Ist es möglich, dass Gajus bei jenem *liberos non habere* an ganz andere *liberi* denkt, als bei diesem *liberos habere?* Dass dort gemeint sind *liberi* im Sinne des gewöhnlichen Lebens, also auch *nepotes ex filia*, hier *liberi* im Sinne des prätorischen Erbrechts? Ferner scheinen gerade zu dieser Stelle die Worte aus Gajus' Commentar zur *Lex Papia* eine authentische Interpretation zu enthalten: *quem sine liberis esse dicere non possumus, hunc necesse est dicamus liberos habere*[2]). Dass zudem der Wortlaut der *Lex Papia* selbst das Recht zur *cad. vind.* von dem *liberos habere* abhängig macht, lässt sich aus der übereinstimmenden Ausdrucksweise der verschiedenen Stellen mit ziemlicher Gewissheit entnehmen[3]).

Unserer hiernach nothwendigen Folgerung, dass Tochterenkel überhaupt nicht zu den *liberi* im Sinne der *Lex Papia* gehörten, scheinen einige Stellen entgegen zu stehen. Ganz unbedenklich zwar ist es, wenn Fr. 56 § 1 de V. S. sagt: »*Liberorum*« *appellatione continentur non tantum qui sunt in*

1) Dieser letzte Satz *eaque — habent* ist an dieser Stelle des Gajus nicht ausdrücklich als Bestimmung der *Lex Papia* über caduke Erbschaften und Legate, sondern als die des S. C. Pegasianum über caduke Fideicommisse genannt. Allein es wäre auch ohne das hinzugesetzte *sicuti iuris est in legatis et hereditatibus* und den directen, in II §§ 296 u. 207 liegenden Beweis klar, dass hiermit der Satz der *Lex Papia* nur wörtlich auf Fideicommisse übertragen wird.

2) Fr. 149 de V. S.

3) *portio caduca . . . ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent* (Gai. II 206); *et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habent, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt* (§ 207 eod.); dazu den citirten § 286a und Ulp. XXV 17: . . . . *nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.*

potestate sed [et[1]*] omnes, qui sui iuris sunt, sive virilis sive feminini sexus [exve virilis sexus liberis*[1]*] exve feminini sexus descendentes.* Denn die Stelle stammt nicht aus einem Commentar zur *Lex Papia*, sondern aus Ulpian's Edictscommentar. Und Ulpian kann hier überhaupt nicht von *liberi* im technischen Sinne sprechen, da ja gerade das prätorische Erbrecht etwas ganz Anderes unter jenem Begriff verstand. Mehr Schwierigkeiten scheinen zwei andere Stellen zu machen: Fr. 15 de pollic. (50, 12) und C. 1 de cond. insert. (6, 46). Die erstere sagt: »*divus Pius*« habe ausdrücklich rescribirt, die Tochterenkel zählten mit zu den *liberi*, und dieses Rescript des Antoninus Pius und Severus (an. 197) ist eben die C. 1 cit. Ihr Inhalt ist folgender: Ein Testator hatte dem eingesetzten Erben aufgegeben, die Erbschaft als Fideicommiss einem Dritten zu restituiren, »*si sine liberis institutus diem obisset*«. Der Institutus war beerbt worden von einem Tochterenkel. Antonin entscheidet: *condicionem defecisse, nisi alia defuncti voluntas evidenter probabitur.* Also gehört der Tochterenkel zu den *liberi?* — Zweifellos nach der Intention dieses Testators (die hier allein ausschlaggebend war). Derselbe verstand gewiss unter *liberi* im Gegensatz zu *extranei* das, was die Anschauung des täglichen Lebens darunter verstand, und das waren in dieser Zeit, wo das Princip der Agnation im Volke selbst keine Wurzel mehr hatte, alle leiblichen Descendenten, dasselbe, was Ulpian in der citirten Stelle darunter fasst. Und nur in einem ganz analogen Falle ist in Fr. 15 cit. das Rescript Antonin's zur Anwendung gebracht. Wieder handelt es sich darum, ob der Betreffende dem Erblasser sehr nahe stehe, ob er ein *heres ex numero liberorum* oder ein *extraneus* sei (Fr. 14 eod.). Um etwas ganz Anderes aber handelt es sich bei der *Lex Papia.* Nicht ob der Tochterenkel dem

1) So Mommsen.

Grossvater so nahe stehe, dass man ihn als zu dessen *liberi* gehörig betrachten könne, sondern ob von einem Manne, der nur einen *nepos ex filia* hat, zu sagen sei, er habe Kinder (sc. zu ernähren). Und hier war es ganz berechtigt, diese Frage zu verneinen, denn es können nicht zugleich der väterliche und mütterliche Grossvater den Enkel in diesem Sinne als Kind haben, sondern nur einer von beiden. Andernfalls hätte auch — gewiss gegen die Tendenz der *Lex Papia* — dasselbe Kind möglicher Weise zu den *liberi* zweier verschiedenen Elternpaare gezählt, nämlich die vater- und die mutterlose Waise. Und genau betrachtet sind für unsere Behauptung die beiden besprochenen Stellen gerade ein weiterer Beleg: Hätte darüber überhaupt ein Zweifel entstehen können, ob der betreffende Institutus *sine liberis diem obisset*, hätte der Kaiser um Entscheidung des Falles angegangen werden können, wenn schon nach der *Lex Papia* der nicht *sine liberis*, nicht *orbus* war, der bloss einen Tochterenkel hatte?

Wir kommen also zu dem Resultate: dieselben Kinder, die durch ihre Existenz die Strafe der Orbität ausschlossen, berechtigten auch zur *caducorum vindicatio*, darunter waren aber nicht die Tochterenkel. Das Recht der *cad. vind.* stand zu jedem *non orbus*, also auch Weibern[1]).

Anders verhält es sich nun mit einer dritten Besonderheit des papischen testamentarischen Erbrechts, deren Existenz

1) Ganz willkürlich ist es, die aus allem Zusammenhange herausgerissenen Worte des Gajus (fr. de suis cit.): *Nulla femina aut habet suos heredes aut desinere habere potest propter capitis deminutionem*, gerade hierauf beziehen zu wollen, weil sie zufällig in dem Commentar dieses Juristen zur *Lex Papia* vorkommen, und zwar wahrscheinlich in dem Buche, in welchem er auch von der *cad. vind.* handelte. Derselbe Satz kommt zweimal bei Gajus (Inst. III §§ 51 u. 43) mit Bezugnahme auf eine ganz andere Stelle gerade auch der *Lex Papia* vor, auf welche Stelle er sehr wohl auch hier gehen kann. — Das Nähere über das Recht der *cad. vind.* selbst siehe bei Schneider a. a. O. § 4 (S. 92—197); Huschke a. a. O. S. 314—327; Jörs a. a. O. §§ 33—35.

durch Ulpian (XIV) zweifellos verbürgt ist, die aber keine Zurücksetzung, sondern eine Bevorzugung der Frauen enthält. Es heisst hierüber: *Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensum: lex autem Papia a morte viri bienii, a repudio anni et sex mensum.* Es ist klar, dass es sich hier um eine Exemtion von den Strafen des Gesetzes handelt, in Zusammenhang mit dem altrömischen Gebrauch, wonach die Frau den Mann 10 Monate zu betrauern hatte und so lange, damit keine *turbatio sanguinis* entstehe, keine neue Ehe eingehen durfte, ein Verbot, das später gesetzlich sanctionirt und dessen Uebertretung mit Infamie bestraft wurde[1]. Ganz natürlich musste in Folge dessen mindestens 10 Monate lang nach dem Tode des Mannes die Frau von den Strafen des Cölibats eximirt werden. Wie war es nun mit den Strafen der Orbität? Man bezieht ganz allgemein und ohne Bedenken hierauf die *vacatio*, von der Ulpian redet, nicht[2]. Dass die Frau aus der aufgelösten Ehe keine Kinder hatte, das war ja ihre Schuld, war Vergehen gegen die *Lex Papia*, also strafbar. Aber, wenn das der Gedanke des Gesetzes war, wieso strafte es denn den *caelebs* und den *orbus* nicht zeitlebens für seine Ehe- bezw. Kinderlosigkeit, sondern nur bis zu dem Alter, wo er noch im Stande war Kinder zu erzeugen? Dass von diesem Zeitpunkte ab die Strafen sämmtlich cessirten (Ulp. XVI. 1), daraus ergiebt sich doch zur Evidenz, dass das Gesetz in jedem einzelnen Falle strafte *non quia peccatum sed ne peccetur*, dass es nur den strafte, der fähig war und zwar in diesem Augenblicke noch fähig war, das Gebot zu erfüllen, und zwar deshalb strafte, damit er es erfülle *(nisi intra dies centum legi paruerit)*, nicht weil er es früher übertreten hatte.

---

1) Vergl. Walter, Rechtsgesch. II S. 140 (§ 532) und die dort citirten Stellen. Kuntze, Cursus S. 546.

2) Siehe z. B. Rudorff, Rechtsgesch. I S. 65 f.; Walter, Rechtsgesch. II S. 276; Hartmann a. a. O. S. 232 ff.

Hieraus folgt nothwendig, dass das Gesetz denjenigen, dessen Ehelosigkeit es billigte, nicht wegen Kinderlosigkeit bestrafen konnte, wenn es nicht gerade eine Prämie auf aussereheliche Kinderzeugung setzen wollte.

Zu diesem aus der *ratio* des Gesetzes gewonnenen Resultat stimmt nun die Ulpianstelle vollkommen, ja es scheint uns, dass sie jetzt erst sich erklärt. Man deutet sie sonst so, dass durch die *Lex Iulia* die Frau ein Jahr lang nach dem Tode des Mannes und 6 Monate lang nach der Scheidung von den Strafen des Cölibats eximirt worden sei, und die *Lex Papia* diese Termine auf zwei Jahre bezw. ein Jahr und 6 Monate erweiterte. Wie sonderbar! Die *Lex Papia* fühlt das Bedürfniss, jene Termine der *Lex Iulia*, die doch recht verständig erscheinen, plötzlich so bedeutend zu erweitern? Und welch wunderliche Erweiterung! man erwartet etwa eine auf das Doppelte, oder doch nach gleichem Verhältniss: die *Lex Papia* addirt aber einfach ein Jahr zu beiden Terminen. Bedenken wir nun zudem, dass die *Lex Iulia* die Cölibats-, die *Lex Papia* die Orbitätsstrafen fixirte[1]), so liegt doch auf der Hand, dass die richtige Erklärung der Stelle eine andere ist: die *Lex Papia* erweiterte nicht die Termine der *Lex Iulia*, sondern setzte sie voraus und schuf im Anschluss an jene Exemtion von den Cölibatsstrafen eine gleiche von denen der Orbität. Sie durfte nach ihrem entwickelten Prinzip die Kinderlosigkeit erst dann wieder strafen, wenn von dem Punkte an, wo das Gesetz die Ehe forderte, so viel Zeit verstrichen war, dass ein Kind aus derselben geboren sein konnte. Deshalb dauerte die Befreiung von der *Lex Papia* d. h. von den Strafen der Kinderlosigkeit genau ein Jahr länger[2]), wie die von der *Lex Iulia*

1) Siehe Gai. II 111, 144, 286. Vergl. Jörs a. a. O. §§ 20, 21.

2) Gerade ebenso rechnet das Gesetz in dem Falle Ulp. XVI 1[a]: *si vir [rei publicae causa] absit, et donec abest et intra annum postquam abesse desierit.*

d. h. von den Strafen der Ehelosigkeit; selbstverständlich nur dann, wenn die Ehe inzwischen wieder eingegangen war: denn wo die Strafe des Cölibats, völlige Incapacität, wieder Platz griff, hatte eine *vacatio* von der Strafe der Orbität d. h. von der theilweisen Incapacität keinen Sinn. Und zwar darf diese *vacatio* unseres Erachtens keineswegs aufgefasst werden »in dem Sinne, dass die Frau die inzwischen deferirten Erbschaften nicht ohne Weiteres, sondern nur unter der rechtlichen Voraussetzung soll erwerben können, dass sie vor Ablauf jenes Zeitraumes wieder in eine andere Ehe getreten ist«[1]) bezw. Kinder bekommen hat, sondern kann nach dem Gedanken des Gesetzes nur eine absolute Exemtion sein. Die sich augenblicklich nicht verheirathen kann, muss in jeder Beziehung denen gleichstehen, die noch nicht oder nicht mehr heirathsfähig sind. Nicht erst durch den Umstand, dass die Frau sich nachträglich wieder verheirathet, wird ihr Cölibat während der *vacatio* ein gesetzlich gebilligter, sondern er ist es von vornherein und kann umgekehrt nicht *ex post facto* unberechtigt werden, wenn sie später nicht wieder heirathet. Wundert man sich über die »entschiedene und erhebliche Begünstigung der Frauen vor den Männern«, die hierin zu liegen scheint, so ist dagegen zu erwiedern, dass einmal eine analoge, dem Unterschied der Verhältnisse Rechnung tragende Regelung möglicherweise in den für den *solitarius pater*[2]) geltenden Bestimmungen gegeben sein konnte; dass ferner jene *vacatio* eben nicht intendirt war als eine Bevorzugung der Frauen, sondern

---

1) Wie es Hartmann a. a. O. S. 231 nicht gerade behauptet, aber als wahrscheinlich hinstellt.

2) Ueber die Bedeutung des *solitarius pater* = Wittwer, in der Ueberschrift Ulp. XIII, vergl. Fitting, Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen Kaiserzeit in Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI S. 435. Uebrigens ist aus der kurzen Rubricirung des Titels bei Ulpian gewiss nicht mit Sicherheit zu entnehmen, dass die Bestimmungen für den *pater solitarius* nicht vielleicht auch die *mater solitaria* betrafen.

nur als nothwendige Consequenz sich aus gewissen natürlichen und rechtlichen Besonderheiten, die einmal in der Stellung der Frauen existirten, ergab. Man könnte fast mit demselben Recht eine Begünstigung der Frauen darin sehen wollen, dass sie schon mit 50 Jahren den Strafen der Orbität entgingen, die Männer dagegen erst mit 60[1]; und umgekehrt eine Zurücksetzung darin, dass das Gesetz bei ihnen schon von 20, bei den Männern erst von 25 Jahren an Kinder forderte.

In engem Zusammenhang mit dieser *vacatio* scheint eine andere hierher gehörige Bestimmung unserer Gesetze zu stehen. Nach der sogen. *Lex Iulia miscella* soll eine Frau, der von ihrem Manne etwas unter der Bedingung, dass sie Wittwe bleibe, hinterlassen ist, dies trotz Eingehung einer neuen Ehe doch erwerben können, wenn sie einen Eid leistet, sie heirathe *procreandae subolis gratia.* Dieses *beneficium* soll ihr aber nur innerhalb eines Jahres zustehen; nach Verlauf dieser Frist tritt das gewöhnliche Recht der *cautio Muciana* ein[2]. Halten wir diese Bestimmung mit der *vacatio* zusammen: Der Gesetzgeber hebt eine Strafe, die durch das Testament des Mannes auf die Wiederverheirathung der Frau gesetzt ist, gemäss seiner ganzen Tendenz, auf; aber nur für den Fall, dass die Wiederverheirathung erfolgt innerhalb jenes Zeitraumes, innerhalb dessen eine Wiederverheirathung dem allgemeinen Anstandsgefühl dermassen in's Gesicht schlägt, dass er sich genöthigt gesehen, für denselben gerade seine Cölibatsstrafen cessiren zu lassen. Ich glaube, wir dürfen dreist behaupten: das ist einfach undenkbar. So kann dasselbe Gesetz nicht beide Bestimmungen nebeneinander enthalten haben. Nun spricht aber ja auch Justinian in C. 2 cit. ausdrücklich von den »*ambiguitates*« der *Iulia miscella* und in C. 3 eod. von »*senatus consulta, quae*

---

1) Hartmann a. a. O. S. 236 n. 22; Ulp. XVI 1.

2) C. 2 de indicta vid. (6, 40); Nov. XXII c. 43.

circa eam facta sunt«. Es handelte sich also hier durchaus nicht um einen von der *Lex Iulia* klar normirten Satz, der in fester, unzerbröckelter Gestalt durch die Jahrhunderte gegangen wäre. Auch der Name *Lex Iulia* »*miscella*« wird auf diese Mischnatur des Gesetzes zurückzuführen sein[1]. Ob nun der Eid selbst, den die Frau bei Eingehung der neuen Ehe zu leisten hatte, Bestimmung der *Lex Iulia* oder jener späteren Zusätze war[2], wollen und müssen wir dahin gestellt sein lassen. Doch scheint uns an sich jenes *iuramentum se subolis gratia id facere* recht wohl dem Geiste des ursprünglichen Gesetzes zu entsprechen, und wir hätten daher gegen die Annahme Jörs' (a. a. O.) nichts einzuwenden, dass man schon von Anfang an zwischen der *condicio coelibatus*, die einfach gestrichen wurde, und der *indicta viduitas* eine Unterscheidung machte, indem bei letzterer, — weil man gegen die verbreitete Anschauung, dass die Eingehung einer zweiten Ehe nichts Rühmliches sei, zu kämpfen hatte — um das Motiv des Gesetzgebers hier besonders zu urgiren, die Befreiung noch an den erwähnten Eid geknüpft wurde. Aber mit voller Entschiedenheit müssen wir annehmen, dass die Reduction des vom Gesetze gewährten Beneficiums auf die Frist eines Jahres ein späterer Zusatz ist. Und zwar kann diese Reduction eingetreten sein — in Reaction gegen die Tendenz der *Lex Papia* und mit dem Wiedererstarken der Anschauung, dass das Eingehen der zweiten Ehe zu missbilligen sei[3] — entweder direct durch eines der *senatus consulta circa legem facta*[4], oder (und

---

1) So schon Gothofredus, Fontes quatuor iuris civilis (1653) c. 17 (p. 331), und Heineccius, Ad legem Juliam et Papiam Poppaeam commentarius (1726) p. 304: Wenn auch gewiss aus dem Namen allein eine solche Consequenz zu ziehen mehr als gewagt wäre. Jörs a. a. O. S. 16.

2) Letzteres die Ansicht von Gothofredus l. c.; Heineccius l. c. p. 296, 302 seq.

3) S. Heineccius l. c. p. 297 seqq.

4) So Heineccius l. c. p. 302.

das halten wir für das Wahrscheinlichere) zunächst durch (absichtlich) missverständliche Auslegung des Gesetzes. Wir hören: *feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem* — es war wohl nicht schwer, hieran anknüpfend in ganz scheinbarer Weise zu deduciren, das in Rede stehende Beneficium gelte auch bloss *intra annum* für die Wittwe. Da haben wir auch die Erklärung der »*ambiguitates*«.

Unvereinbar mit dem Character der besprochenen *vacatio* als absoluter Exemtion von den Strafen der Gesetze ist u. E. auch die Hartmann'sche Auffassung der *leges decimariae* [1]. Wären letztere gegeben als Privilegirung der Zuwendungen von Ehegatten untereinander, so hätten sie in keinem Falle »zur Durchbrechung einer der Frau sonst zustehenden Begünstigung« ausschlagen können: *privilegia non obtruduntur*. Der Grundsatz, »dass nicht in dem gegenseitigen Verhältniss der Ehegatten die Lage der Frau eine wesentlich günstigere sein dürfe, als die des Mannes«, rechtfertigt es niemals, dass man einen Satz des Inhalts: »Während ein Ehegatte von dem Andern von Todeswegen eigentlich Nichts erwerben könnte, da er ja nothwendig *caelebs* ist, soll er doch $^1/_{10}$ des Vermögens auf diesem Wege bekommen dürfen« — in beschränkender Weise da zur Anwendung bringen könnte, wo nach andern Principien schon *solidi capacitas* besteht, also überhaupt kein (strafbarer) Cölibat vorliegt. Auch das wäre sehr schwer zu fassen, wie es Constantin gelungen sein sollte, durch die blosse Nicht-Aufhebung der *leges decimariae* bei Beseitigung der sonstigen papischen Strafbestimmungen ihre Bedeutung vollständig umzukehren. So einfach geht das doch nicht, dass man durch eine blosse »Phrase« aus einer »begünstigenden Ausnahme eine beschränkende Regel« machen kann. Auch macht es durchaus nicht den Eindruck, als ob Constantin sich einer solchen Um-

1) Hartmann a. a. O. S. 233; ebenso Kuntze S. 620 f.

wandlung des Rechts bewusst wäre, wenn er sagt: *Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas*[1]. Wenn wir so einerseits nicht mit Hartmann die *leges decimariae* als ein *privilegium favorabile* der Ehegatten auffassen können, so lassen sie sich auch andererseits u. E. nicht schlechthin als *privilegium odiosum* characterisiren. Denn sie treten nicht als weitere Beschränkung zu den bestehenden, auch hier etwa zur Anwendung kommenden, allgemeinen Strafen hinzu: sie sind jenen gegenüber so zu sagen derogatorisch, nicht additional[2]. Die Capacität der Ehegatten untereinander ist nicht nach den allgemeinen Bestimmungen geregelt, sie sind von diesen vielmehr eximirt[3] und besonderen Vorschriften unterworfen. Diese besonderen Vorschriften aber charakterisiren sich im wesentlichen dahin, dass in ihnen die Strafe des Cölibats ausgeschlossen, die der Orbität bedeutend verschärft ist, und zwar besonders dadurch, dass hier nicht nur wie sonst eine absolute, sondern auch eine relative Orbität gestraft wird, dass hier an Stelle des blossen *liberos habere* ein *liberos communes habere* erfordert wird[4]. Und dieses ganze Ausnahmerecht hat seine gute innere Begründung. Es wäre im allerhöchsten Grade hart und gefühllos gewesen, wenn die Frau dem Mann mit Erfolg etwas nur unter der stillschweigenden Bedingung hätte zuwenden können, dass der Mann innerhalb 100 Tagen nach ihrem Tode

---

1) C. un. § 2 C. Th. de inf. poen. coel. (8, 16).

2) Ulp. XV 1: *Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt*, nicht etwa *non ultra decimam c. p.*

3) So erklärt sich Fr. Vat. § 218 auch in der Huschke'schen Lesart.

4) Die Einzelheiten, auf die hier nicht näher einzugehen ist, s. bei Ulp. XV u. XVI. Vergl. auch Jörs a. a. O. §§ 24—30. Gegen dessen Auffassung von *libera testamenti factio* s. aber unten S. 76 f.

sich neu verheirathe. Die Billigkeit forderte gebieterisch, für solche Zuwendungen die Strafe des Cölibats cessiren zu lassen. Andererseits musste man der Bestrafung der Orbität vom Standpunkte des Gesetzes gerade hier weit mehr Berechtigung zuerkennen, als irgendwo sonst. Denn gerade darauf konnte ja die unsittliche Vereinbarung der Ehegatten abgezielt haben, kinderlos zu bleiben, um den Genuss ihres Vermögens für sich allein zu behalten[1]. Aus diesem Gedanken des Gesetzes erklärt sich auch, warum das Maass der Capacität hier nicht, wie sonst, relativ, sondern absolut bestimmt war *(decima pars bonorum)*[2]. Nur so wurden jene Bestrebungen wirksam vereitelt. Nur so war es zu erreichen, dass — wie es sich wirklich als Resultat der *leges decimariae* ergiebt — durch das Vorhandensein von Kindern die absolute Vermögensmasse, die ein Gatte von dem andern durch Erbgang erhalten konnte, nicht verkleinert, sondern umgekehrt vergrössert wurde.

---

1) Vergl. Bachofen, Die Lex Voc. S. 115. Dagegen mit Unrecht Hartmann a. a. O. S. 228.

2) S. dazu Hartmann a. a. O. S. 236.

V. Capitel.

Späteres Schicksal der Lex Voconia.

Wenn die voraufgehenden Untersuchungen richtig sind, so führte die *Lex Julia et Papia Poppaea* in das testamentarische Erbrecht keine neuen Zurücksetzungen der Frauen ein. Bestanden aber die alten, die voconischen, neben ihr fort? Dies leugnet Bachofen[1]. Nach ihm wurde durch dieses Gesetz der »*Lex Voconia* das ganze Gebiet der Anwendung völlig entzogen«, und »die Erbbefugniss der Weiber ganz allgemein und im weitesten Umfang nach völlig verschiedenen Principien geordnet«. Bachofen sucht seine Behauptung dadurch zu beweisen, dass er aufs gründlichste darthut, zu welchen Unzuträglichkeiten, ja Absurditäten es geführt haben würde, wenn die beiden Gesetze so nebeneinander bestanden und so ineinander eingriffen, wie man vor ihm ziemlich allgemein annahm[2]. Diese Annahme war folgende: In allen Fällen, wo die *Lex Papia* zur Anwendung kam, konnte die *Lex Voconia* nicht gelten. Dieselbe war anwendbar nur auf den Gebieten, in welchen die *Lex Papia* nicht regierte, d. h. bei solchen, die unter 20 oder über 50 Jahre alt, oder aus sonst einem Grunde von dem Gesetz eximirt waren (ganz allgemein aber nicht mehr auf diejenigen Frauen, welche das *ius trium libero-*

---

1) Bachofen, Die Lex Voconia S. 112—118. Seine Beweisführung ist rückhaltlos anerkannt bei Walter, Rechtsgesch. II S. 276 (§ 639), u. Schmidt, Notherbenrecht S. 52 n. 87. Anders Hartmann a. a. O. S. 250 ff., welchem zustimmt Jörs a. a. O. S. 40.

2) S. die Vertreter dieser Ansicht bei Bachofen S. 112. Vergl. bes. Savigny, Verm. Schriften I S. 441 ff.

rum hatten). Gesetzt nun, ein solches Verhältniss der beiden *leges* zu einander hätte nicht zu den Widersprüchen und Wunderlichkeiten, wie sie Bachofen des Breiteren ausführt, gesetzt, es hätte zu einem völlig vernünftigen und in sich consequenten Resultate geführt: wäre es darum das richtige? Wollte denn die *Lex Julia et P. P.* auf dem Gebiete, wo sie für Cölibat und Orbität Strafen festsetzte, absolut und uneingeschränkt herrschen, wollte sie mit ihren Bestimmungen erschöpfend das gesammte testamentarische Erbrecht dieser betreffenden *caelibes, orbi* oder *non-orbi* regeln, sodass gar keine andere Beschränkung daneben bestehen konnte? Offenbar doch nicht. Sie strafte Cölibat und Orbität, indem sie dem Ehelosen das, was ihm sonst durch die letztwillige Verfügung zustände, vollständig, dem Kinderlosen zur Hälfte entzog. Um etwas entziehen zu können, muss sie natürlich überhaupt etwas vorfinden. Und wo nichts ist — weil die Erbeinsetzung nach der *Lex Voconia* schon so wie so nichtig ist — wird doch nicht die *Lex Papia* durch Aufhebung der *Voconia* etwas hinlegen, um es dann selbst wieder wegzunehmen. Das Verhältniss, in welchem somit logisch die beiden Gesetze zu einander stehen müssen, ist einfach das, dass die *Lex Papia* erst hinter der *Voconia* in Frage kommen kann, da die Möglichkeit der Capacität erst dann in Erwägung gezogen wird, wenn überhaupt gültige Zuwendung vorliegt[1]. So führt das Nebeneinanderbestehen der beiden Gesetze weder zu einem begrifflichen Widerspruch, noch zu practischen Unzuträglichkeiten. Worin es sich aber documentiren soll, dass die *Lex Papia* »von dem Gesichtspunkte allgemeiner Erbfähigkeit bei Weibern ausging«[2], ist uns völlig unerfindlich.

Eine ganz andere Frage ist es, ob schon vor der *Lex Papia*

---

1) Es passt hierauf wörtlich der Satz: *non oportet prius de condicione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertinet*, der allerdings in Fr. 52 de leg. II in einem andern Sinne angewandt wird.

2) Bachofen a. a. O. S. 118.

»das Princip der *Lex Voconia* factisch ausser Gebrauch gekommen« war. Allein diese Behauptung wird ja direct widerlegt durch Dio Cassius LVI 10[1]), wo es von Augustus, gerade bei Einbringung des Gesetzesantrags, heisst: *τῶν δὲ γυναικῶν τισι καὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνειον νόμον, καθ᾽ ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν.* Nicht nur, dass sich hieraus die Existenz und theilweise Fortexistenz (denn es heisst ja ausdrücklich, dass nur *τῶν γυναικῶν τισι* Exemtion gewährt wurde) der *Lex Voconia* klar und deutlich ergiebt, es folgt daraus auch, dass, wenigstens nach der Ansicht von Dio Cassius, dieses Gesetz damals noch in voller Kraft stand, dass die Anwendung des voconischen Erbeinsetzungsverbots auf *classici* die ausnahmslose Regel gewesen sein muss. Dio könnte sonst unmöglich so nachdrücklich sagen: *καθ᾽ ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν*, Worte, die sich nach dem Zusammenhang auch nicht etwa zurückbeziehen lassen auf die frühere Zeit, als ein blosser Ausdruck dessen, was die *Lex Voconia* bestimmte, was aber jetzt nicht mehr gegolten hätte.

Weit entfernt also, der *Lex Voconia* zu derogiren, hat die *Lex Papia* vielmehr, wie wir aus dieser Stelle ersehen, nur gewisse Frauen von diesem Gesetze eximirt[2]). Was war nun aber die Voraussetzung dieser Exemtion? Das *ius trium liberorum?* Diese Annahme ist gewiss die nächstliegende und einleuchtendste. Allein es macht Bedenken Dio Cassius LVI 32. Dort heisst es von Augustus, als er die Livia auf $^1/_3$ zur

1) Merkwürdiger Weise scheint Bachofen hier diese Stelle, die er doch in einem früheren Capitel in anderem Zusammenhange anführte, vollständig übersehen zu haben, wenigstens erwähnt er sie an diesem Orte überhaupt nicht.

2) Dass die Stelle dies wirklich als eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes meint und nicht etwa von Befreiungen redet, die Augustus einzelnen, individuell bestimmten Frauen gewährt habe, kann nach dem Zusammenhang wohl nicht bezweifelt werden. Vergl. Hartmann a. a. O. S. 254.



Erbin einsetzte: *ἵνα γάρ τι καὶ ἐκείνη τῆς οὐσίας αὐτοῦ ἀπόνηται, παρὰ τῆς βουλῆς ᾐτήσατο τοσοῦτον αὐτῇ καὶ παρὰ τὸν νόμον καταλιπεῖν δυνηθῆναι.* Das Gesetz, von dem hier die Rede ist, kann nur die *Lex Papia* oder die *Voconia* gewesen sein. Dass es die erstere gewesen sei, ist höchst unwahrscheinlich. Denn nach den *leges decimariae* konnte Livia als Erbin mindestens $^{2}/_{10}$ erhalten, nämlich $^{1}/_{10}$ *matrimonii causa* und $^{1}/_{10}$ wegen des *Tiberius superstes;* es ist daher schwer glaublich, dass Augustus, um ihr statt dessen $^{1}/_{3}$ hinterlassen zu können, sich von dem Gesetze habe dispensiren lassen[1]). Auch wäre in dem Falle der Ausdruck Dio's »*ἵνα γάρ τι καὶ ἐκείνη τῆς οὐσίας αὐτοῦ ἀπόνηται*« eine eigenthümliche Hyperbel. War denn $^{2}/_{10}$ bekommen nicht auch *τὶ ἀπονίνασθαι?* Und wenn nicht, war es dann $^{1}/_{3}$? So muss es sich hier also wohl um Dispens von der *Lex Voconia* gehandelt haben. War dies aber der Fall, so kann die Befreiung nicht an das *ius liberorum* geknüpft gewesen sein, denn dies hatte Livia nach demselben Dio Cassius (LV 2) längst erhalten. Wenn nun nicht das *ius liberorum*, dann vielleicht das *ius communium liberorum?* So meint Jörs (a. a. O. S. 39 ff.), gestützt auf Ulp. XVI 1a: *Libera inter eos testamenti factio est, si ius (sc. communium) liberorum a principe impetraverint.* Allein u. E. geht es durchaus nicht an, die Worte »*libera testamenti factio*« mit Mommsen[2]) hier stricte zu interpretiren, und können sie nur als eine nachlässige Ausdrucksweise für »zu voll wirksamem Erwerb einander hinterlassen können« gedeutet werden[3]). Einen »bewussten Gegensatz, in welchen Ulpian die beiden Institute bringe«[4]) (nämlich die *solidi capacitas* und die *libera testamenti factio*), darf man gewiss nicht daraus entnehmen, dass in dem in keiner Beziehung musterhaft gebauten, langathmigen Satze

1) S. Hartmann a. a. O. S. 254 f.
2) Zu Ulpian cit. in Böcking's Ausgabe (Leipzig 1855) p. 108.
3) S. Hartmann a. a. O. S. 238 f.
4) Jörs a. a. O.

Ulpian's *Libera — amiserint* zum Schlusse angefügt wird: *vel si duos trimos, vel tres post nominum diem amiserint, ut intra annum tamen et sex menses etiam unus cuiuscumque aetatis impubes amissus solidi capiendi ius praestet.* Es liegt vielmehr hier weiter nichts vor, als eine Abwechselung im Ausdruck. Ueberall handelt es sich nur um die Capacität in Tit. XV u. XVI, nirgends um *testamenti factio* im technischen Sinn. Sagt dies doch klar genug die Ueberschrift von Tit. XVI. Wie könnte überhaupt, wenn die »*libera testamenti factio*« streng genommen werden dürfte, die *solidi capacitas* als engerer Begriff darunter subsumirt werden, da doch *testamenti factio* und *capacitas* zwei grundverschiedene Dinge sind, die gar nichts miteinander gemein haben? Und endlich, wie sollte Augustus dazu gekommen sein, gerade der Ehegattin und nur ihr allein[1]) Exemtion von der *Lex Voconia* zu gewähren, da doch sonst im Erbrecht die Ehegattin hinter allen weiblichen Verwandten zurückstand? Zudem, wenn das *ius communium liberorum* von der *L. V.* befreite, warum heisst es denn dann nicht bei Dio einfach, Augustus habe der Livia dieses Recht ertheilen lassen[2]), und statt dessen so umständlich: *παρὰ τῆς βουλῆς ᾐτήσατο τοσοῖτον αὐτῇ καὶ παρὰ τὸν νόμον καταλιπεῖν δυνηθῆναι?* Wir können somit nirgends einen festen Anhaltspunkt dafür finden, welches die räthselhaften *τινὲς* waren, die durch die *Lex Papia* von der *Voconia* befreit wurden, und müssen uns damit begnügen, dass unter nicht näher zu bestimmenden Voraussetzungen (höchst wahrscheinlich doch in irgend einer Weise als *ἆθλον τῆς πολυπαιδίας*) dies geschah.

Noch weniger Bestimmtes wissen wir aber über die weiteren Schicksale und den Untergang der voconischen Erbbeschränkung[3]). Unseres Erachtens ganz unzweideutig ist die

---

1) Nur um diese konnte es sich handeln: *libera inter eos testamenti factio est.*

2) Aehnlich wie LV 2: *ἐς τὰς μητέρας τὰς τρὶς τεκούσας ἐσεγράφη.*

3) Ein Zeugniss gegen das Fortbestehen der *L. V.* will man noch in Tacit.

Mittheilung des Gajus (II. 274): *Item mulier, quae ab eo, qui C. M. aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest*[1]), *tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.* Diese Worte lassen sich damit nicht erklären, »dass man den Fortbestand der *L. V.* in der Theorie zugesteht, aber die Möglichkeit practischer Anwendung völlig ableugnet«. Gajus legt in §§ 268—283 die zu seiner Zeit zwischen *hereditas* und *fideicommissum* bestehenden Differenzen dar, und lässt dann §§ 284—288 die nicht mehr bestehenden folgen, eingeleitet durch die Worte: »*erant etiam aliae differentiae, quae nunc non sunt*«, worauf Savigny gewiss mit vollem Recht »besonderes Gewicht« legt; denn es ergiebt sich daraus evident, dass Gajus jenen in § 274 erwähnten Unterschied zu den *differentiae quae sunt* zählt, und dies kann er nur dann thun, wenn wirklich noch zu seiner Zeit eine Erbeinsetzung entgegen dem voconischen Verbot nichtig ist. Während Bachofen nun diese, wie wir glauben, völlig klare Stelle zu verdunkeln sucht, findet er den einzigen »sicheren Anhalt« bei Gellius, noct. att. XX. 1. Hier wird neben andern Gesetzen früherer Zeiten, wie der *Lex Licinia* und *Fannia*, auch das *plebiscitum Voconium de coercendis mulierum hereditatibus* genannt und in Bezug darauf gesagt: *omnia tamen haec oblitterata et operta sunt.* Gewiss wäre es vollständig berechtigt, hieraus zu schliessen,

---

Agric. c. 43 finden (Bachofen S. 118 n. 1). Allein wenn man auch die Möglichkeit, dass Agricola in seiner Stellung sich dem Census habe entziehen können, bestreitet, obwohl es doch wahrscheinlich keinem »*bonus pater*« verargt wurde, wenn er allein zu dem Zweck, seine Tochter zur Erbin einsetzen zu können, sich nicht censiren liess, und gerade ein Mann wie Agricola am allerehesten diese Vergünstigung für sich fordern durfte — so sagt doch Tacitus überhaupt nur *coheredem optimae uxori et piissimae filiae Domitianum scripsit*, was der Historiker bei seiner beliebten Kürze, in gewissermaassen zeugmatischer Form, wohl ohne Bedenken so niederschreiben konnte, wenn auch Frau und Tochter von Agricola nur fideicommissarisch eingesetzt waren.

1) In dieser Ausdrucksweise des Gajus sehen wir gerade einen Hinweis auf die papischen Exemtionen. Wenn alle Frauen dem Erbeinsetzungsverbot unterlägen, so hiesse es wohl *mulieres, quae . . . non possunt.*



dass die *Lex Voconia* damals bereits völlig unpractisch gewesen sei, wenn uns eben nicht Gajus das directe Gegentheil verbürgte. So aber müssen wir uns doch fragen, ob jene ganz allgemeinen Worte des Gellius sich nicht auch ohnedem erklären lassen. Und das ist doch u. E. entschieden der Fall. Betrachten wir nur einmal, was thatsächlich zu dieser Zeit von dem voconischen Gesetze noch übrig war, auch wenn sein Rechtssatz noch galt: Es war zuerst eingeengt worden durch die Restrictivinterpretation des »*census*«; es waren ihm dann durch die *Lex Papia* eine Anzahl Frauen völlig entzogen worden; endlich konnte es schon sehr früh durch Fideicommisse umgangen werden, und als nun diese Fideicommisse rechtliche Anerkennung gefunden hatten, klagbar geworden waren [1]), wurde die *Lex Voconia* nicht, wie die andern erbrechtlichen Bestimmungen, auf sie ausgedehnt. M. a. W. das Recht gab nun selbst das Mittel in die Hand, wie man sich über die voconische Beschränkung einfach hinwegsetzen konnte. Der Testator hatte nur die Beobachtung einer gewissen Form nöthig, er brauchte nur anstatt zur Erbin zur Fideicommisserbin einzusetzen — der Erfolg war ja materiell der gleiche — so gab es für ihn keine *Lex Voconia* mehr, auch in den Fällen, wo dieselbe theoretisch noch fortexistirte. Ist Gellius unter solchen Verhältnissen vielleicht nicht berechtigt, das Gesetz, von dem ja kein Mensch mehr behaupten konnte, es diene *coercendis mulierum hereditatibus*, *oblitteratum et opertum* zu nennen, es zu andern unpractischen Gesetzen in die Rumpelkammer zu werfen?

Darüber nun, wie auch diese letzten Reste der voconischen Erbbeschränkung bis zu Justinian's Zeit untergegangen sind, fehlt uns jede bestimmte Nachricht. Ob man recht daran thut, es, wie man gewöhnlich pflegt, mit den Aenderungen, die in der Kaiserzeit der Census erlitt, in Zusammenhang zu bringen,

---

1) Vergl. darüber Köppen, System des heutigen röm. Erbrechts S. 85.

wollen wir dahingestellt sein lassen. Es dünkt uns aber nicht wahrscheinlich. Wenn man die *Lex Voconia* so eng mit dem servianischen Klassensystem in Verbindung stehend erachtet hätte, so dürfte doch Gajus, zu dessen Zeit der Lustralcensus ja längst obsolet war, nicht sagen »*qui centum milia aeris census est*«. Zudem verlangte die *Lex Voconia* weiter nichts als Censirtsein auf eine gewisse Höhe, eine Voraussetzung, die der neue Reichscensus zum mindesten ebenso gut lieferte, wie der alte lustrale, ja es trat in diesem das rein materielle Moment nur noch weit mehr in den Vordergrund[1], die weggefallenen Solennitäten konnte man, wenn irgendwo, so wohl hier nicht als ein nothwendiges Erforderniss urgiren.

Wir vermögen also Zeit und Grund des definitiven Untergangs der *L. V.* nicht weiter anzugeben. Vielleicht wurden die Voraussetzungen der Exemtion, wie sie die *Lex Papia* festgesetzt hatte, verallgemeinert[2], vielleicht ging das Gesetz unmerklich an Marasmus senilis zu Grunde — das »*oblitteratum et opertum*« des Gellius lässt eigentlich ein derartiges Geschick voraussehen — vielleicht geschah auch ein ausdrücklicher Aufhebungsakt, als welchen sich möglicher Weise (wie auch für den ebenso dunklen Untergang der Geschlechtstutel[3]) die Worte Constantin's in C. un. § 1 C. Th. de inf. poen. (8, 16) darstellen könnte: *Quam rem et circa feminas aestimamus, earumque cervicibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus.*

---

1) Vergl. Huschke, Ueber den *census* und die Steuerverf. der früheren röm. Kaiserzeit (1847) S. 44 f.

2) In keinem Falle aber durch C. 3 C. Th. de jure lib. Vergl. Rudorff, Vormundsch. I. S. 597.

3) Vergl. Schmidt, Pflichttheilsr. des Patronus S. 26 n. 54.

VI. Capitel.

(Civiles) formelles Notherbrecht.

In dem sogen. formellen Notherbrecht nahm bis auf Justinian der Sohn eine vielfach bevorzugte Stellung ein gegenüber der Tochter und den Enkeln. Wenn wir nun aber den Versuch machen wollen, in die historische Entwickelung und Entstehung dieser einzelnen Besonderheiten einzudringen, so begegnen wir grossen Schwierigkeiten. Nicht nur dass in dieser Hinsicht über jene Besonderheiten selbst so gut wie nichts feststeht, es ist auch Entstehung, Grund, Bedeutung des ganzen formellen Notherbrechts in allerhöchstem Maasse bestritten und damit überhaupt jede Basis für eine Untersuchung über die Entwickelung der Einzelheiten entzogen. Es bleibt uns mithin hier nichts übrig, als zuvörderst zu versuchen, über die Entstehung dieses ganzen Rechts zur Klarheit bezw. zu einer Ansicht zu kommen, um nur einen Ausgangspunkt zu gewinnen.

Sui instituendi vel exheredandi lautet das Princip. Der Vater darf im Testamente seinen *suus heres* nicht präteriren, er muss ihn entweder zum Erben einsetzen, oder enterben, widrigenfalls die bestimmten Präteritionsfolgen eintreten: zu Gunsten von Söhnen Nichtigkeit des Testaments, zu Gunsten von Töchtern oder Enkeln die unten näher zu besprechende Einwachsung in dasselbe. Die wohl verbreitetste Annahme führt dies auf folgende Idee zurück: Die *sui* haben ein festes Recht am Familiengut, das bei Lebzeiten des *pater familias*

nur gebunden ist und frei wird durch dessen Tod. Dieses feste Recht des *suus* muss ausdrücklich aufgehoben werden, wenn es nicht fortexistiren soll, der *suus* muss »entherrt« werden, *exheres scribi*, damit der Vater überhaupt die Möglichkeit erlange, über das Familiengut zu testiren [1]). Es ist nicht zu bestreiten, dass diese Auffassung Stützpunkte in den Quellen findet. Mehrfach ist die Rede von einem *quasi-condominium* der *sui* [2]), und einmal leitet Paulus hieraus geradezu das *Ipso-iure*-Erbewerden und das Präteritionsrecht der *sui* ab [3]). Ein Beweis, dass darum aus diesem Gedanken auch das Präteritionsrecht entstanden sei, ist natürlich damit keineswegs gegeben, da wir es hier mit einer reinen Reflexion des Juristen über Grund und Wesen eines

---

1) S. bes. Vangerow, Lehrb. d. Pand. (6. Aufl. 1854) II S. 252; Brinz, Lehrb. d. Pand. (1. Aufl. 1860) II S. 737; Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. R. II S. 88 ff.; Hölder, Beiträge zur Gesch. d. röm. Erbr. S. 88 ff.; auch Lassalle, System d. erw. R. II S. 254 f., kommt, in Prosa übertragen, ungefähr hierauf hinaus: »da der *suus* das unmittelbare Dasein des erblasserischen Willens ist, so muss er, wie alles unmittelbare Sein, wenn es nicht sein soll, zuvor aufgehoben werden«. Nur wird eben bei Lassalle Alles zum »Dasein einer logischen Nothwendigkeit«.

2) Gai. II 157; § 2. J. de hered. qual. (2, 19); Fr. 11 de lib. et post. (28, 2). U. E. soll übrigens mit diesem stets mit »*quasi*« und »*quodammodo*« eingeführten *dominium* entfernt kein juristisches, sondern nur ein factisches Verhältniss bezeichnet werden, genau dasselbe, was Cic. in Verrem II l. 1 c. 44 mit den Worten sagt: »*quibuscum vivi bona nostra partimur*«. So auch Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831) S. 17 f., und Schmidt, Das formelle Recht der Notherben (1862) S. 18 n. 45. Ganz stricte als *dominium*, dem nur die *libera administratio* fehlt, fassen es hingegen bes. Danz a. a. O. S. 90, 92 f. und Hölder a. a. O. S. 23 f.

3) Fr. 11 cit. Diese Hauptstelle lautet: *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur .... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.* Dass mit den Worten *licet — instituti* Paulus den Fall der Präterition meint, wird man schwerlich in Abrede stellen können, und wir können der Ansicht Schmidt's a. a. O. nicht beipflichten, dass die Stelle nur von dem *Ipso-iure*-Erbewerden rede.

fertigen, von Alters her überlieferten Rechts zu thun haben, einer Reflexion, die sich auf keinerlei historische Thatsachen beruft[1]. Die Begründung des Paulus hat darum genau so viel Autorität, als ihr innere Wahrscheinlichkeit beiwohnt. Mit dieser inneren Wahrscheinlichkeit scheint es uns aber sehr schlecht bestellt. Das Präteritionsrecht soll hervorgehen aus dem *condominium* der *sui*. Die Nothwendigkeit der Exheredation soll sich daraus erklären, dass der *suus* (durch eine Verfügung von Todeswegen) dem Familiengut nicht entfremdet werden kann, ohne ausdrücklich von demselben exproprīirt zu werden. Wenn das wirklich ein Rechtsprincip war, warum kam es denn nur bei Verfügungen von Todeswegen zur Anwendung? Warum giebt es keine *exheredatio inter vivos?* Denn die *emancipatio* kann man doch nicht wohl, wie Danz es thut, als das der *exheredatio* correspondirende Rechtsgeschäft unter Lebenden ansehen. Warum muss der Vater den Sohn nicht, wenn er ihn verkauft, was doch die allerbedenklichste Heraussetzung aus dem Familiengute ist, auch zuvor ausdrücklich expropriiren? Warum gerade nur beim Testament, wo man doch meinen sollte, dass die Oeffentlichkeit der Errichtung am allerwenigsten eine derartige Verschärfung der Form vernothwendige? Ferner sehen wir nicht, wie von diesem Standpunkte aus sich auch nur die Möglichkeit der Entstehung des Accrescenzrechtes der Töchter und Enkel denken lässt. Muss der Vater, um frei testiren zu können, nothwendig den *suus* aus dem Familiengute heraussetzen, so kann die Unterlassung dieser Heraussetzung jederzeit nur die Nichtigkeit der getroffenen Disposition zur Folge haben. Dass die Jurisprudenz nachträglich an dieser nothwendigen Consequenz etwas habe ändern können, ohne den

---

1) Wie wenig an sich auf derartige Begründungen der Juristen Gewicht zu legen ist, beweisen z. B. die verschiedenen Grundgedanken, worauf das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten von ihnen zurückgeführt wird. Vergl. auch Schröder, Notherbrecht S. 38 f.

Rechtssatz selbst zu untergraben, erscheint ganz unglaublich. Ein Widerspruch in sich selbst aber ist es, wenn Hölder (S. 98) sagt: »Wurzelt .. unmittelbar in ihrer .... Familienstellung die Erbfolge der *sui* als eine nur durch ausdrückliche Aufhebung wegfallende, so ist ein Produkt der Jurisprudenz die Feststellung der Bedingungen, unter welchen eine rechtsgültige Enterbung vorliegt, und der Folgen, welche mit der Präterition sich verbinden«. Kann die Erbfolge der *sui* nur durch ausdrückliche Aufhebung wegfallen, so hat die Jurisprudenz nichts mehr an den Folgen der nicht geschehenen Aufhebung festzustellen. Folge der Nicht-Aufhebung eines bestehenden Rechts ist und kann nur sein dessen unvermindertes Fortbestehen. Es ist sehr bezeichnend, dass Hölder schliesslich zu der eigenthümlichen, aber von diesem Standpunkte aus einzig consequenten Anschauung kommt, es gebe »eine wirkliche Präterition der Töchter und Enkel .... überhaupt nicht mehr« (S. 102). Endlich aber, wenn man aus jener Idee des *condominium*'s der *sui* die Nothwendigkeit, sie zu exherediren, ableitete, wie musste der daraus hervorgehende Rechtssatz lauten? Doch offenbar so: Das *condominium* des Sohnes muss der Vater überall da ausdrücklich aufheben, wo es nicht fortbestehen soll. Der Vater kann keinen *extraneus* neben dem Sohne einsetzen, ohne von dem Theil des Familienguts, den jener erben soll, den Sohn zu expropriiren. Niemals aber gelangt man auf diesem Wege zu dem davon ganz verschiedenen Satze: Der Sohn muss dann ausdrücklich exheredirt sein, wenn er nicht instituirt ist. Diese Schwierigkeit bemerkt auch Hölder (S. 95) und meint sie folgendermaassen zu lösen: »Dass neben der Ernennung des *suus* zum Erben es nie einer Enterbung bedarf, beruht darauf, dass die durch Enterbung erfolgende Aufhebung seines Geburtsrechts in seiner Ernennung zum Erben ebenso enthalten ist. Der zum Erben ernannte *suus* erbt wie jeder Testamentserbe durch

den Willen des Testators, so dass durch diese Ernennung sein eigenes Recht nicht etwa bestätigt, sondern verneint ist«. Aber dass dies ein ganz eclatanter Widerspruch ist, braucht kaum aufgedeckt zu werden. Wenn die Ernennung zum Erben eine Aufhebung jenes »Geburtsrechts« in sich enthält, dann ist ja neben ihr eine Enterbung nicht nur möglich, sondern geradezu nothwendig, und zwar nicht nur dann, wenn ein *extraneus* daneben eingesetzt ist, sondern überhaupt in jedem Falle der testamentarischen Erbeinsetzung eines *suus*. Andernfalls hätte man ja in jener Einsetzung eine stillschweigende »Expropriation«, die es gerade nicht geben soll.

Welche Auffassung man nun von dem Präteritionsrechte auch haben mag[1]), so erscheint es uns schwer möglich, die Geltung desselben schon zur Zeit der 12 Tafeln zu vertheidigen[2]). Wir wollen aus dem Satze *uti legassit*, *ita ius esto* keine Consequenzen ziehen, angesichts der Bestrittenheit, was eigentlich unter demselben im wahren Sinne der 12 Tafeln zu verstehen sei[3]). Soviel aber kann doch als feststehend angenommen werden, dass die 12 Tafeln den Satz des formellen Notherbrechts nicht erwähnten[4]). Dies ist aber nur denkbar, wenn die Nothwendigkeit der Institution oder Exheredation der *sui* als ein Formerforderniss gültigen Testirens allgemein voraus-

---

1) Vergl. z. B. Jhering, Geist d. röm. R. IV S. 157 f., der es aus dem Comitialtestament ableitet: »Angenommen seine (des Testators) Absicht ging darauf, einen seiner Söhne zu enterben, er wagte aber nicht, weil er sich nicht getraute, diese Maassregel vor dem versammelten Volk zu rechtfertigen, ... dem Volk die Sache vorzutragen. In diesem Falle konnte er auf den Gedanken verfallen, das Dasein des Sohnes völlig zu verschweigen; hatte das Volk den Testamentsentwurf genehmigt, so war er völlig sicher, das Volk war hintergangen«.

2) Vergl. bes. Francke a. a. O. S. 15; Schmidt a. a. O. S. 3 f.; Derselbe, Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor (1868) S. 5 n. 10.

3) Vergl. z. B. die Auffassung von Kuntze, Cursus § 817 u. 818; Excurse S. 612 u. 141; Hölder a. a. O. S. 31.

4) So selbst Hölder a. a. O. S. 90 f., und Danz a. a. O. S. 95.

gesetzt war: stillschweigend könnte unmöglich jenes besondere, eigenartige Accrescenzrecht der Töchter und Enkel sanctionirt sein. Es bleiben also dann nur zwei Möglichkeiten. Entweder es galt das Präteritionsrecht noch allein für den Sohn, nicht auch für die anderen *sui:* das stünde in sonderbarem Contrast zu der sonstigen Gleichstellung aller *sui* im Erbrecht, und noch sonderbarer wäre es, dass die Decemvirn eine solche Singularität nicht sollten in ihre Codification aufgenommen haben. Oder aber es galt zu jener Zeit für alle Berechtigten in gleicher Weise: präterirte Töchter und Enkel machten ebenfalls das Testament nichtig: dann scheint uns völlig unfasslich, wie man jemals dieses Ruptionsrecht in jenes Accrescenzrecht hätte umwandeln können[1]. Auch war es Justinian, so gern er es offenbar gethan hätte, nicht möglich zu behaupten, es sei diese Verschiedenheit der Präteritionsfolgen erst nachträglich in das Recht eingeführt; er kann seine Behauptung, dass er durch die völlige Gleichstellung aller Notherben in die *vestigia maiorum* trete, in C. 4 de lib. praet. (6, 28) nur dadurch belegen, dass nachweisbar die Unterscheidungen in der Form der Exheredation ein Erzeugniss späterer Rechtsbildung seien. Ist es zudem wahrscheinlich, dass die Gültigkeit des Comitialtestaments jemals von der Beobachtung der Vorschrift unseres Notherbrechts hätte abhängig sein sollen? Dieser in feierlichster Form vor allem Volke errichtete Akt sollte kraftlos sein, wenn der Vater seinen *suus* nicht entweder instituirt oder exheredirt hat? Wenn der »allgemeine Wille« einmal ausgesprochen hat: *heres esto!* — lässt sich dagegen eine Anfechtung überhaupt denken?

Und doch, die Exheredation selbst, der Gebrauch, den *suus*, den man nicht instituirte, zu exherediren, stammt gewiss aus der ältesten Zeit, hat gewiss im Comitialtestamente seine

1) Auch die Ausführungen von Danz a. a. O. S. 95 ff. machen es u. E. nicht glaublicher.

Wurzel. Dafür spricht schon das dem *heres esto* genau correspondirende *exheres esto*. Dies erscheint aber auch sehr wohl in der oben entwickelten Natur des ältesten Testamentes begründet. Wurde dasselbe errichtet unter obrigkeitlicher Controle, und war es nicht der freien Willkür anheimgegeben, so ist selbstverständlich, dass ein Vater, der das Unnatürliche that, wenn er Kinder hatte, Fremde zu Erben einzusetzen, und so seine Hausdescendenz, die ja dazu bei seinen Lebzeiten gar keines selbständigen Erwerbes fähig war, vollständig mittellos zurückliess, dies nicht ohne dringende Gründe thun konnte; dass der Sohn, oder seine Agnaten oder Gentilen in der Volksversammlung Protest einlegten gegen Errichtung eines solchen Testaments, und dass infolge dessen die Behörde darüber zu entscheiden hatte, ob dieser Protest gerechtfertigt erschien, oder ob wirklich der Vater triftige Gründe hatte, den *suus* nicht zum Erben einzusetzen. War letzteres der Fall, so verwarf man den Protest: *filius exheres esto!* Da haben wir, wie mir scheint, den allereinfachsten Ursprung der Exheredation der *sui*. Dieser altherkömmliche Gebrauch, den *suus* ausdrücklich zu enterben, erhielt sich sehr begreiflicher Weise fort und fort, nachdem auch das Testament zu einem reinen Willkürakt des Einzelnen geworden war, aber seine materielle Bedeutung war nun verloren.

Ist dies richtig — und es ergiebt sich, wie ich glaube, aus der Natur der Sache fast von selbst — so sieht man, dass, wenn aus diesem Keime mit einem Schlage der Grundsatz des formellen Notherbrechts hervorgehen sollte, nur ein kleiner, fast unmerklicher Schritt zu thun war: es war das gewohnheitsmässig freiwillig Geübte zu dem vom Rechte Geforderten zu machen. Die Annahme nun, dass diesen Schritt die Jurisprudenz[1]) that, findet zum mindesten eine sehr gute Stütze

1) Ein Erzeugniss der Jurisprudenz sehen in dem formellen Notherbrecht besonders: Francke a.a.O. S. 16f.; Bachofen, Die L. Voc. § 14; Schmidt

in den Worten des Pomponius (Fr. 120 de V. S.): *Verbis duodecim tabularum his »uti legassit suae rei, ita ius esto« latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium* [1]).

So einfach nun eine solche Rechtsentwickelung — Fortbildung des allgemeinen Gebrauchs zum rechtlichen Erforderniss — ist, so muss sie doch durch ein Bedürfniss des Lebens motivirt gewesen sein. Welches war nun dieses Bedürfniss? Vielleicht der Wunsch, die Testirfreiheit einzuschränken? Der fand in dem formellen Notherbrecht kaum eine Befriedigung. Die materielle Freiheit der letztwilligen Dispositionen wird ja dadurch nicht eingeengt, dass der Vater seinen Sohn entweder instituiren oder ausdrücklich exherediren soll. »Die Anforderung, dass der *pater familias* über die *sui heredes* ein Urtheil im Testament ausspreche, entweder sie ehrend durch den *honos* der Erbeinsetzung, oder sie für unwürdig erklärend durch die *nota* der Enterbung« [2])? Ob man in dem fertigen Recht diesen Gedanken zu erkennen hat [3]), ist hier nicht zu untersuchen.

---

a. a..O.; Köppen, System des heutigen röm. Erbr. (1862) S. 61 ff.; S. 96 ff.; Kuntze, Cursus § 835; Schröder a. a. O. S. 34 ff.

1) Wenn Danz a. a. O. S. 90 sagt, »man brauche, um dieses Argument zu widerlegen, nur zu bemerken, dass Pomponius in dieser Stelle nur von einer *latissima potestas instituendi* . . . spreche, nicht aber von einer *latissima potestas exheredandi*«, so ist das wohl nicht stichhaltig. Die *potestas exheredandi* wurde ja durch das formelle Notherbrecht ebenso wenig eingeengt, wie die *potestas instituendi*, und auch ebenso viel. Jene *latissima potestas* erleidet eben eine wenigstens formelle Einschränkung durch die Bestimmung, »der *suus* muss im Testamente entweder instituirt oder exheredirt sein«.

2) Schmidt a. a. O. S. 18. Dieser Weg der Erklärung erscheint auch Danz (S. 91) »der natürlichste«, wenn man überhaupt den Satz zugebe, dass das formelle Notherbrecht erst durch die Jurisprudenz eingeführt sei.

3) Dagegen übrigens Schröder a. a. O. S. 43 f., der in der Hauptsache sonst Schmidt folgt. Wenn Schröder selbst zur Erklärung der Entstehung unseres Rechts eine Anlehnung an den alten Satz vom *Ipso-iure*-Erbe-

Die Entstehung desselben wird man schwerlich darauf zurückführen können. Denn ein Bedürfniss des Lebens liegt gewiss niemals vor, jene Anforderung an den Vater zu stellen. Wie wäre es ausserdem denkbar, dass die Jurisprudenz auf diesem Wege je zu dem Einwachsungsrecht der Töchter und Enkel gelangt wäre? Und wenn überhaupt der Gedanke an ein testamentarisches Urtheil dieser Art, das der Vater über seine Kinder ausspreche, existirt hätte, dann wäre ja die *Lex Voconia* ein ganz unerträgliches Gesetz gewesen: wurde doch durch dasselbe dem Vater geradezu verboten, sein testamentarisches Urtheil über die Tochter in günstigem Sinne abzugeben. Und eine solche Consequenz des Gesetzes, die nicht mehr eine Vermögensbeschränkung, sondern geradezu eine Ehrminderung der Frauen dargestellt hätte, sollte keiner seiner erbitterten Gegner hervorgehoben haben?

Wenn wir nun bedenken, dass mindestens ein sachlicher Zusammenhang — ob mehr, als das, wollen wir hier dahingestellt sein lassen[1]), — zwischen dem formellen Notherbrecht der *sui iam nati* und dem Ruptionsrecht der *postumi* wahrscheinlich ist, und der Satz »*agnascendo rumpi testamentum*« die Tendenz, dem wahren Willen des Testators gegenüber dem Buchstaben des Testaments zur Geltung zu verhelfen, an der Stirn trägt[2]); dass in ebendemselben Gedanken das sonst so

---

werden der *sui* vermuthet, und dies näher so ausführt: »Ganz von selbst wurde durch diesen Satz die Frage angeregt, ob denn eine in solcher Weise vom Recht ausgezeichnete Erbberechtigung durch stillschweigende Uebergehung abgeschnitten werden könne. Indem man dies verneinte, gewann man die Regel des Notherbenrechts« — so scheint uns das keine Ableitung der neuen Regel aus jenem allgemein bekannten Satz des bestehenden Rechts zu sein, sondern nur eine Paraphrase des Inhalts dieser neuen Regel.

1) S. Francke a. a. O. S. 19; Schmidt a. a. O. S. 8 ff.; Letzterem folgend Schröder a. a. O. S. 34; anders Hölder; Beiträge S. 106.

2) Denn dass der nach dem Tode des Vaters geborene *postumus* gegen den eigenen Willen des Testators von der Erbschaft ausgeschlossen wäre, das machte eine Abhilfe nöthig, und zwar weit dringender u. E. als der Fall, wo der Testator

dunkle Accrescenzrecht der »*sui ceteri*« seine Erklärung findet; dass die zu Cicero's Zeit geschehene Fortbildung, wonach *nominatim facta exheredatio* erfordert wurde, nicht nur vernünftigerweise keinen andern Zweck haben kann, als den, eine Garantie für die Wirklichkeit des erblasserischen Willens zu bilden, sondern auch thatsächlich allein in diesem Sinne sich Eingang verschafft hat[1]; und wir betrachten uns daraufhin den Grundsatz selbst: der Sohn muss ausdrücklich enterbt sein, wenn er nicht eingesetzt ist, — so ist es wohl keine gewaltsame Hineintragung eines fremden Elements, wenn wir denselben Gedanken auch in ihm wiedererkennen: eine Garantie zu bieten für die Wirklichkeit des erblasserischen Willens[2].

---

an die Möglichkeit der Geburt eines *postumus* dachte, ihn aber nicht einsetzen konnte (Schmidt n. 14). Wusste der Vater von der Conception eines *postumus* oder dachte er wenigstens an die Möglichkeit, so konnte er ja ohne Testament versterben. Es war eine höchst bedenkliche Härte, an den Vater, der einen *postumus* erwarten konnte, die Alternative zu stellen, entweder müsse er die Testamentserrichtung unterlassen oder es darauf ankommen lassen, dass der Sohn möglicherweise leer ausgehe; aber so schreiend, wie der erste Missstand, erscheint mir dieser doch nicht. Zudem wäre hiergegen die einzige richtige Abhilfe, die so nahe lag, dass wohl schon die ältere Jurisprudenz darauf verfallen wäre, die gewesen, dass man auf irgend eine Weise die Institution des *postumus* ermöglichte: nicht aber, dass man das Testament für nichtig erklärte; hierdurch wurde ja gerade die Härte, dass, wer einen *postumus* zu erwarten hatte, nicht testiren konnte, für den Fall des Eintritts dieses Ereignisses rechtlich sanctionirt. — Wenn übrigens Danz S. 99 gegen Schmidt meint, »dass gerade die Formel »*ceteri omnes exheredes sunto*« in älterer Zeit vorzugsweise für den Fall am Platze gewesen zu sein scheine, wo man unter allen Umständen die Aufrechterhaltung des Testamentes beabsichtigte«, dass also gerade dadurch die Möglichkeit gegeben gewesen sei, den *postumus inter ceteros* zu exherediren, so kann man das wohl nicht anerkennen. Wäre es der Fall gewesen, so müsste es heissen: *nisi postumus exheredatus sit, testamentum nullum esse*, nicht aber schlechtweg: *agnascendo rumpi testamentum*. Erklärt es doch Cicero (pro Caec. c. 25) für geradezu absurd, in irgend einem Falle von einem Richter zu verlangen: *cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum iudica*. Vergl. de orat. I 57.

1) Cic. de orat. I 38.

2) Dem Irrthum des Testators zu begegnen, sehen als Grundgedanken des Präteritionsrechts an bes. Bachofen a. a. O. § 14; Francke a. a. O. S. 19;

Das ist auch ein Bedürfniss, welches sehr wohl erklärt, wie die Jurisprudenz dazu kam, den obenerwähnten Schritt zu thun. Anlässe, wie der Fall bei Cic. de or. I 38, waren gewiss in dem fortwährend kriegführenden Rom keine Seltenheit: Ein *filius familias miles* gerieth in Gefangenschaft. Nach Rom kam die Nachricht, er sei in der Schlacht gefallen. Der Vater setzte einen Fremden zum Erben ein und verstarb. Der Sohn wird frei, kehrt heim, findet sich so thatsächlich enterbt. Ist ihm nicht zu helfen? Eine entwickelte Jurisprudenz antwortete hierauf: Allerdings. Das Testament ist nichtig, denn es entspricht nicht dem wahren Willen des Testators, es ist bedingt durch irrthümliche Voraussetzungen. Ganz anders verhielt sich dazu eine Jurisprudenz, wie die altrömische, die sich durchweg nur an die Aeusserungen, ja an die äusserlichsten Aeusserungen des Willens hielt[1]; sie stand hier hilflos vor der unabweisbaren Consequenz eines schroffen Materialismus. Hilflos? Ja, wenn nicht nach der Lage der Dinge zu helfen gewesen wäre durch eine *pia fraus*, durch jene leichte Umdeutung bestehender Gewohnheit, die den Zeitgenossen wohl kaum zum Bewusstsein kam[2]. Und so scheint uns der Satz entstanden: Wenn der Vater den Sohn nicht zum Erben eingesetzt hat, so muss er ihn ausdrücklich enterbt haben, ungültig ist eine stillschweigende Exheredation[3].

Hasse, Rhein. Mus. III S. 208; Rudorff, Jahrb. f. wissensch. Kritik 1844 S. 458; auch schon Förster, de bon. poss. et cet. p. 27.

1) *uti lingua nuncupassit, ita ius esto* hiess es von der *mancipatio* in den 12 Tafeln. Vergl. zu Obigem bes. Jhering, Geist des röm. Rechts III S. 424 ff. u. 441 ff.

2) Dass dies geschah »durch die unter dem Einfluss der Rechtsgelehrten sich bildende Praxis des Centumviralgerichts« (Francke a. a. O. S. 17 f.), legt C. 4 de lib. praet. (6, 28) sehr nahe, wenn auch Danz (S. 91) gegen Francke zuzugeben ist, dass Justinian nicht direct sagt, die Centumvirn hätten das formelle Notherbrecht eingeführt.

3) Die hieraus resultirende Nichtigkeit des Testaments (nicht etwa ein Anfechtungsrecht einer bestimmten Person) ist durchaus nicht »unbegreiflich«

Wie erklären sich nun von diesem Standpunkte die Verschiedenheiten in den Präteritionsfolgen? Was konnte dazu führen, an die Präterition des *filius suus* Nichtigkeit des Testaments zu knüpfen, an die der *ceteri sui* ihre Einwachsung in dasselbe? Doch keinenfalls der Wunsch, diese letzteren zurückzusetzen: denn der Präterirte wurde ja gerade gleichgestellt allen eingesetzten *sui*, auch dem *filius suus*. Bachofen sieht den Grund in dem Erbeinsetzungsverbot der *Lex Voconia*: »Die Söhne haben nicht nur ein gesetzliches Erbrecht, sondern sie können auch im Testamente nach Willkür eingesetzt werden. Das blosse Vorhandensein eines Testaments schliesst also noch keineswegs den Entschluss des Vaters, seine Söhne nicht zu bedenken, in sich. Anders bei den Töchtern. Da diese nicht eingesetzt werden können, so wird durch die Existenz des Testaments so viel wenigstens bewiesen, dass ihnen der Testator keinesfalls mehr als die Quote zukommen lassen wollte, welche er nach der *Lex Voconia* in Form eines Legats ihnen noch zuwenden konnte[1]) . . .« Aber diese Argumentation ist eine offenbare *petitio principii*. Wenn man annahm, dass der Vater an die Tochter nicht gedacht habe, so konnte man auch aus der Existenz des Testaments gar keinen Schluss auf seinen diesbezüglichen Willen ziehen. Hätte man aus dem Verbot der *L. V.* etwas folgern wollen, so müsste es gerade das Umgekehrte gewesen sein. »Das Vorhandensein des Testaments schliesst noch keineswegs den Entschluss des Vaters, seine Söhne nicht zu bedenken, in sich«, — also kann man die Söhne auf eine präsumtive testamentarische Erbportion accresciren lassen. Die Töchter dagegen konnte der Vater

---

(Hölder a. a. O. S. 90), sondern gerade für diese früheste Bildung, die nicht materielle Ungerechtigkeit, sondern einen Formfehler des Testaments behauptete, charakteristisch.

1) Bachofen, Die Lex Voc. S. 57. Vergl. dagegen auch Mommsen in Richter's Jahrb. 1845 S. 14; Schmidt, Notherbenrecht S. 24 n. 63.

wegen der *L. V.* nicht haben testamentarisch einsetzen wollen, — also blieb hier nur die Annahme übrig, dass er das ganze Testament aus Irrthum errichtet habe. Also auch die *Lex Voconia* hilft uns hier nicht weiter. Noch weniger ist aus dem Wesen der Sache die Unterscheidung zu deduciren[1]. U. E. ist das, was sich in dem Accrescenzrecht der Töchter[2] im Gegensatz zu dem Ruptionsrecht[3] der Söhne ausspricht, einfach derselbe Gedanke in verfeinerter Form. Der allgemeine Satz hiess: Der *suus* muss ausdrücklich eingesetzt oder enterbt sein; stillschweigende Enterbung giebt es nicht. Daraus folgerte man dort: also macht Präterition das Testament nichtig; hier: also ist, wenn Enterbung nicht ausdrücklich erfolgt ist, stillschweigende Einsetzung anzunehmen. Das war bedeutend feiner. Was ist daraus zu entnehmen? Dass das Accrescenzrecht einen Fortschritt darstellt gegenüber dem Ruptionsrecht; m. a. W., dass es späterer Entstehung ist.

Diese spätere Entstehung scheint uns nun in Folgendem

---

1) So natürlich Lassalle, System d. erw. R. II S. 257 ff.: Die Tochter ist mit dem Vater zwar, wie der Sohn, »unmittelbare Identität«, aber nicht ebenso »totale Identität mit ihm«. Sie hat nicht, wie jener, die Fähigkeit, »Willenssubject einer durch ihn hindurchgehenden identischen Willenssubstanz, einer Einheit von Willen zu sein«. Somit ist »ihre Identität mit dem Willensbegriff des Vaters nur eine halbe«. Bei den Enkeln umgekehrt ist »die Unmittelbarkeit dieser Identität nur eine halbe«. — Auf eine frappant ähnliche Weise motivirt übrigens Hölder (Beiträge u. s. w. S. 101), warum für Töchter und Enkel *exheredatio inter ceteros* genügt: »Die Tochter hat zwar die Abstammung vom Vater mit dem Sohne gemein«, nicht aber »die volle Wesensgleichheit mit dem Vater«. Sie kommt daher nur in Betracht durch ihre Abstammung, nicht aber als »dieses bestimmte, ihm wesensgleiche Individuum. Dasselbe gilt aber vermöge der Mittelbarkeit ihrer Abstammung von den Enkeln«.

2) Dass die primäre Unterscheidung hier eine solche zwischen den Söhnen auf der einen und den Töchtern auf der andern Seite war, und das Recht der Enkel gewissermaassen nur ein Appendix zu dem der Töchter bildete, illustriren deutlich Gai. III 124; C. 4 de lib. praet. cit.

3) Der Ausdruck ist nicht correct, da nur der *postumus* das Testament eigentlich rumpirt, möge uns aber in Ermangelung eines passenden, gleich kurzen gestattet sein.

begründet: Zunächst waren die Anlässe, wie der besprochene Fall Cic. de orat. I 38, die zur Entstehung des Präteritionsrechts führten, der Art, dass sie bei einer *filia sua* kaum jemals vorkommen mochten. Vor Allem aber fällt die Zeit, in der wir uns, wenn die hier vertretene Ansicht richtig ist, die Fixirung des formellen Notherbrechts ungefähr zu denken haben, gerade zusammen mit der Zeit, in welcher die mächtige Strömung gegen den Frauenreichthum begann, eine Strömung, stark genug, von Alters her gleichmässig geltendes Recht auf Männer einzuschränken, um so mehr also im Stande, die Ausdehnung eines neu entstehenden Rechts auf Weiber zu verhindern; es kam später die *Lex Voconia* hinzu, infolge deren nach unserer Meinung die Anwendung des Präteritionsrechts auf Töchter von *in prima classe censi* überhaupt logisch unmöglich gewesen wäre [1]: Umstände, die es uns zur Genüge zu erklären scheinen, dass der Satz: »*si filius praeteritus sit, testamentum nullum esse*« zunächst einmal auf den Sohn beschränkt blieb. Erst eine spätere Zeit, in der schon eine Reaction gegen die *Voconiana ratio* sich geltend machte, empfand das als eine Härte; man wollte auch den Töchtern, soweit als dies nicht durch das Erbeinsetzungsverbot der *Lex Voconia* unmöglich gemacht war, die Vortheile des formellen Notherbrechts zukommen lassen; allein man war fortgeschritten, man wollte, wo es irgend ging, den letzten Willen nicht völlig umstossen; und so entstand das Einwachsungsrecht, die präterirte *filia* galt als *quasi instituta* [2].

---

1) S. oben S. 46 ff.

2) Dass dies zu Cicero's Zeit schon gegolten habe, ist möglich, jedenfalls aber folgt es nicht aus Cic. de orat. I 38, wie Hölder will. Derselbe bemerkt zu dieser Stelle (a. a. O. S. 107): »Als diejenige Verfügung ... welche dem Sohne gegenüber *nominatim* erfolgen müsse, bezeichnet Cicero nicht nur die Exheredation, sondern ebenso die Erbeinsetzung, woran die Wortstellung keinen Zweifel lässt (*quem pater neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*). Liegt aber darin eine Besonderheit bezüglich des Sohnes, so muss es für Töchter und Enkel nicht nur eine Enterbung, sondern ebenso eine Ernennung zu Erben geben, welche nicht *nominatim* erfolgt, und unter dieser ist

Auf wieviel aber accrescirt die präterirte Tochter den *scripti heredes*? Man nahm an, bei eingesetzten *sui* auf eine *pars virilis*, bei *extranei* auf die *pars dimidia*[1]). Das Erstere ist so natürlich, dass es keiner Erklärung bedarf; sonderbar aber erscheint das Letztere. Wir möchten es für eine Consequenz der oben vertheidigten Bestimmung der *Lex Voconia* »*ne liceat mulieri plus quam dimidiam partem bonorum relinquere*« ansehen[2]). — Sobald nun einmal der Satz feststand, die

---

nichts Anderes zu verstehen, als ihre demnach schon von Cicero bezeugte Accrescenz neben den eingesetzten Erben«. Gegen diese Beweisführung hätten wir nur Folgendes einzuwenden:

1. Beweist die Wortstellung entfernt nicht, dass auch eine namentliche Einsetzung erfordert wurde; das *nominatim* steht nicht deshalb am Ende, weil es sich auf die beiden Glieder — *neque heredem*, *neque exheredem* — bezöge (dann wäre vielmehr gerade die Umstellung zu erwarten: *quem nominatim pater neque heredem neque exher. scripsisset*), sondern um das Namentliche der Enterbung hervorzuheben, worum es sich in diesem Falle allein handelt. Nur von Enterbung ist die Rede, daher auch *possetne exheres esse filius*, nicht etwa *possetne valere testamentum*.

2. Spricht die Stelle absolut nicht von einer für den Sohn geltenden Besonderheit, sondern der concrete Fall handelte eben von einem *filius*. Dass die namentliche Enterbung nur für den Sohn erfordert werde, für die *ceteri sui* aber *exheredatio inter ceteros* genüge, stellte sich erst später fest, bei dem ersten Beginn der Fixirung dieser Fortbildung kann davon noch nicht die Rede sein.

3. Gesetzt, das zu 1 u. 2 Behauptete sei unrichtig: es sei mit Hölder das *nominatim* auf beide Glieder zu beziehen, und von einer für den Sohn geltenden Besonderheit die Rede, was wäre dann aus der Stelle zu folgern? Dass auch die Einsetzung des Sohnes, wie die Enterbung, namentlich zu erfolgen habe, nicht *inter ceteros*, während bei den andern *sui* das gestattet sei, nicht aber, dass es bei den *ceteri sui* eine stillschweigende Einsetzung gebe und bei dem *filius* nur eine ausdrückliche.

1) Gai. II 124; Ulp. XXII 17; Lex Romana Burgund. tit. XLV.

2) Hätte sich allerdings die ganze *Lex Voconia* nur auf *in prima classe censi* bezogen, so wäre es schwerlich begründet, einen solchen Zusammenhang anzunehmen, gesetzt auch, das Erbeinsetzungsverbot und das Präteritionsrecht schlössen sich nicht aus. Denn da, wo die Hälfte des Vermögens als das präsumtive der Tochter Zugewandte erscheinen konnte, hätte sie nicht Erbin sein können, und da, wo Letzteres möglich war, hatte die Hälfte keinen Sinn. Nimmt man eine Anlehnung an das Partitionslegat an, so bleibt die ziemlich unlösliche Schwierigkeit, wieso dann die Töchter als Erbinnen und nicht als

sua accrescirt neben den eingesetzten *sui* auf eine *pars virilis*, neben *extranei* auf die *pars dimidia*, so waren die weiteren Complicationen consequent nach dem sich hierin aussprechenden Princip zu entscheiden. Dem entspricht es gewiss, dass bei der Accrescenz *suis* gegenüber die *divisio in stirpes* zur Anwendung kam nach dem Muster des Intestaterbrechts, also mehrere Enkel von demselben Sohne als ein Kopf zählten [1]. Ebenso aber auch, dass nicht etwa, wenn ein *suus* auf weniger als seine Intestatportion eingesetzt war, die accrescirende *praeterita* diesem nun nichts avocirt hätte; denn »die bei diesem ganzen Rechte beabsichtigte Gleichheit« zielt nicht darauf ab, die durch das Testament festgesetzten Verschiedenheiten unter den eingesetzten *sui* aufzuheben, sondern nur die *praeterita* zu behandeln, wie einen gleich den Andern eingesetzten *suus*, d. h.

Legatarinnen accrescirten. Gegen die bei Bachofen (S. 59) versuchte Lösung dieser Schwierigkeit s. Rudorff (Jahrb.) S. 458. Wenn Letzterer dagegen meint: »Der wahre Grund (warum sie Erbinnen, nicht Legatarinnen wurden) war, auch eine Tochter zu den Legaten und Opfergeldern heranzuziehen«, so trifft dies gerade hier, bei dem *accrescere in dimidiam*, nicht zu. Denn da die Tochter *tantundem quantum omnes heredes* bekam, so wäre sie auch als Legatarin zu den Opfergeldern verpflichtet gewesen, und dafür, dass sie auch die Legate *pro rata* getragen hätte, war durch den Satz der *Lex Voc.: »ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceat, quam heredes capiant«* gesorgt. — Vergl. auch Schmidt a. a. O. S. 23 n. 63. Schmidt (a. a. O. S. 25) erklärt das *accrescere in dimidiam* daraus, dass hier die Anwendung der *virilis portio* absolut unthunlich gewesen wäre, weil sie »nicht zum Intestaterbtheil, sondern, da die Zahl der eingesetzten *extranei* etwas ganz Zufälliges ist, zu einer ganz unbestimmten Quote geführt haben würde«, und man habe sich infolge dessen veranlasst gesehen, »in der Art durchzugreifen, dass man die Erbschaft geradezu halbirte«. Ein solches gewaltsames »Durchgreifen« bei einem durch Gerichtsgebrauch allmählich eingeführten Rechte scheint uns doch bedenklich. Danz (II S. 98; ähnlich Hölder S. 104) meint, man habe angenommen, die Tochter sei neben den *extranei (toto asse completo) sine parte* instituirt. Allein, warum sagen dann die Quellen nicht eben, sie gelte als *sine parte* instituirt, was ebenso einfach und richtiger gewesen wäre, als sie accrescire *in dimidiam?* Denn waren etwa die *extranei* auch *sine partibus* instituirt oder war nicht *totus as completus*, so musste ja nach diesem Princip für die Präterirte ein ganz anderer Theil resultiren, als die *pars dimidia*.

1) S. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Commentar Bd. 36 S. 359.

eben ihr eine Virilportion zukommen zu lassen. Wie die Einwachsung vor sich gehen soll, darüber will dieses Recht nichts Besonderes bestimmen, und sie muss daher vor sich gehen nach den allgemeinen Regeln der Accrescenz d. h. *pro portione institutionis* [1]. Wie nun, wenn *sui* und *extranei* nebeneinander im Testament eingesetzt sind? Consequent ist hier offenbar so zu argumentiren: die *praeterita* accrescirt neben *sui* auf die *pars virilis*, neben *extranei* auf die *pars dimidia*, also stellt das Recht ihr als gleichwerthig gegenüber von eingesetzten *sui* den Einzelnen, von eingesetzten *extranei* Alle zusammen. Folglich bestimmt sich im vorliegenden Fall die Portion der accrescirenden *praeterita* danach, dass ihr gegenüber jeder einzelne eingesetzte *suus* ein *caput* bildet, und alle *extranei* zusammen ein weiteres *caput*. Sind z. B. zwei *sui* eingesetzt und zwei *extranei*, so accrescirt sie auf $^1/_4$ der Erbschaft: es existiren nämlich ihr gegenüber die zwei *capita* der *sui* und und das eine *caput* der *extranei*. Wieviel jeder Einzelne der Eingesetzten verliert, regelt sich, wie oben, *pro portione institutionis*. Ganz anders aber scheint Paulus (rec. sent. III. 4[b] § 8) zu entscheiden: *Filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis si praeterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo; si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Das heisst also, die Erbschaft wird in zwei Theile geschieden, in deren jeden die Tochter besonders accrescirt; in den Theil nämlich, der an *extranei* fällt, *in dimidiam*, in den, der an *sui* kommt, *in virilem partem*. Ist eine derartige Accrescenz wirklich möglich? Und dazu das Resultat! Die *praeterita sua* wird ja auf diese Weise bedeutend besser gestellt als die eingesetzten *sui*, sie bekommt nicht nur einen Kopftheil von diesen, sondern dazu noch die Hälfte von dem Erbe der *extranei*; und der eingesetzte *suus* verliert so von

---

1) Schmidt a. a. O. S. 24 n. 69. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 340.

seinem Erbtheil mehr an die *praeterita*, wenn neben ihm ein *extraneus*, als wenn neben ihm noch ein *suus* instituirt ist. Kann das Paulus gemeint haben? Sollte da nicht irgend ein Irrthum mit unterlaufen, sollte nicht vielleicht der vorliegende Text corrumpirt sein? Er leidet zudem, wenn wir ihn näher betrachten, an einer Wunderlichkeit. Zuerst ist die Rede von einem *filio et extraneo heredibus institutis*; dann wird an dem vorausgesetzten Thatbestand nichts weiter geändert, als: *si vero duo sint filii instituti* — woher kommen nun plötzlich auch die *extranei*? Vergleicht man dazu die andern Quellenstellen[1], die alle deutlich nur an den Fall denken, wo in einem Testamente entweder lauter *sui* oder lauter *extranei* eingesetzt sind, besonders Gai. II. 124, so scheint mir die Annahme viel für sich zu haben, dass wir in der Paulusstelle eine Corruption etwa aus Folgendem zu erkennen haben: *Filio aut extraneo ex asse herede instituto si praeterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo; si vero duo sint (heredes) instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Es wäre dann auch in dieser Stelle nicht davon die Rede, wo *sui* und *extranei* in einem Testamente zusammen eingesetzt sind, und wir hätten den Fall so zu entscheiden, wie es der innern Consequenz entspricht. Für sicher nun erachte ich es, dass keine der citirten Stellen an den gewiss höchst selten practischen Fall denkt, wo mehrere Accrescenzerben präterirt sind. Nach dem Princip, dass die *sua* gleichsteht der Gesammtheit der eingesetzten *extranei*[2], müssen eventuell zwei Präterirte je ein Drittel der Erbschaft bekommen[3]. Andernfalls würde sich auch ergeben, dass dieselben schlechter daran wären, wenn sie einem *extraneus*, als wenn sie einem *suus* accrescirten.

---

1) S. oben S. 95 n. 1.

2) Vergl. auch Vangerow, Pandecten II S. 253 (§ 467. I A. 2. b.).

3) Anders Schmidt S. 25, in Consequenz seiner S. 96 n. 2 erwähnten Auffassung; aber auch Mühlenbruch a. a. O. S. 339.

Wollte man etwa aus Gai. cit. schliessen, dass mehrere *praeteritae personae* zusammen nur *in dimidiam* accrescirten, so müsste man daraus auch entnehmen, dass sie neben *sui* zusammen nur eine *pars virilis* bekämen, was doch sicher unrichtig wäre.

Die besprochenen Verschiedenheiten in den Präteritionsfolgen können, wie oben gesagt, nicht hervorgegangen sein aus einer Zurücksetzung der *ceteri sui* gegenüber dem *filius*. Aber sie mussten als eine solche angesehen werden, als der ursprüngliche Gedanke des Rechts verloren ging, als man durch tendenziöse Weiterbildungen[1]) an der Hand des Grundsatzes *exheredationes non esse adiuvandas* aus einem dem Willen des Testators zu Hilfe kommenden Institut ein denselben beschränkendes zu machen bestrebt war. Sobald es als eine Pflicht des Testators galt, seine Kinder nicht zu präteriren, als ein Recht des *suus*, entweder instituirt oder exheredirt zu werden, musste nothwendig dieses Recht des Sohnes stärker erscheinen als das der *ceteri sui*, da seine Präterition Nichtigkeit, die jener nur eine Modification des Testamentes nach sich zog. Dieses schwächere Recht der Accrescenzerben documentirt sich nun noch in zwei Punkten: bei dem Erforderniss der namentlichen Enterbung und bei der bedingten Einsetzung.

Der Grundsatz, die *exheredatio* müsse *nominatim* geschehen, begann zu Cicero's Zeit in der Praxis sich Anerkennung zu verschaffen[2]). Sicherlich gerade infolge des Bestehens des Präteritionsrechts war die *exheredatio inter ceteros* üblich geworden. Ein umsichtiger Testator, der wusste, dass er keinen *suus* präterirt haben konnte, fügte doch seinem Testamente den Zusatz bei: *ceteri omnes exheredes sunto*, wodurch die ein-

1) S. die Einzelheiten bei Schmidt S. 46—56.

2) Cic. de orat. I 38; Valer. Max. VII 7 § 1. Vergl. dazu Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. u. s. w. (1837) S. 36 n. 39 (u. 40); Schmidt S. 37. S. auch oben S. 94 n. 2.

gesetzten Erben gegen alle Anfechtungen von Seiten irgend eines Pseudo-*suus* geschützt waren. Sobald aber dieser Gebrauch weiterhin üblich wurde, lag darin eine grosse Gefahr. Wenn nun wirklich einmal ein todtgeglaubter *suus* auftauchte, so war er durch ein solches Testament gegen den eigenen Willen des Testators exheredirt, und ihm nun auch mit dem Präteritionsrecht nicht zu helfen. Hiergegen richtete sich die mithin völlig im Geiste des ursprünglichen Rechts vor sich gehende Fortbildung, wonach die *exheredatio* des Sohnes *nominatim* zu geschehen habe. Ganz gegen den Geist des ursprünglichen Rechts, und zu erklären aus der erwähnten, die spätere Entwickelung beherrschenden Auffassung ist es aber, dass dieses neue Erforderniss der *exheredatio*, das aus in der Natur der Sache liegenden Gründen factisch zunächst nur für Söhne von Bedeutung sein mochte, rechtlich endgültig auf den Sohn beschränkt blieb, und für Töchter und Enkel stets *exheredatio inter ceteros* genügte [1]. Man liess sich hierzu wohl auch deshalb besonders gern herbei, weil die Zeit, in welcher die endgültige Fixirung dieses Punktes stattgefunden haben kann, sehr gern geneigt war, Zurücksetzungen der Frauen anzuerkennen [2]. Schwierigkeiten aber machte die Anwendung des Princips bei den *postumi*. Die Tendenz, den letzten Willen womöglich aufrecht zu erhalten, die wir auch in dem Accrescenzrecht zu erkennen glaubten, hatte dazu geführt, dass nach und nach die rechtliche Möglichkeit eröffnet worden war, alle Arten von *postumi* zu instituiren [3]; der Satz *postumi agnatione testamentum*

---

1) Gai. II 123, 127, 128; Ulp. XXII 20; pr. J. de exh. lib. (2, 13); Theoph. eod.; C. 4 pr., § 2, § 6 de lib. praet. (6, 28). Ein Ausnahmefall: Gai. III 66, der darauf hinzudeuten scheint, dass zur Zeit des Sen. Cons. Largianum (42 p. Chr.) hier noch Schwankungen stattfanden.

2) Vergl. unten S. 116.

3) S. über diese Entwickelung Schmidt S. 25—35. — Dass die *Lex Junia Velleia* nur die Institution männlicher *postumi* ermöglicht habe, ist eine mehr

rumpi konnte so von dem Princip des formellen Notherbrechts durchdrungen werden: *si neque heres institutus neque exheredatus sit.* Wie sollte man es nun hier mit dem Erforderniss der namentlichen Enterbung halten? Im Rechte der *postumi* existirte die Verschiedenheit zwischen Ruptions- und Accrescenzerben nicht; blieb man also dem alten Recht nur einigermaassen consequent, so konnte man hier keine Unterscheidung machen. Andererseits, wenn man einmal von dem Gedanken des alten Rechts abgekommen war und die Berücksichtigung durch Institution oder Exheredation als das formelle Recht eines jeden *suus* betrachtete, so war gar kein Grund einzusehen, warum die bevorzugte Stellung, die der Sohn hier unter den lebenden *sui* einnahm, sich nicht auch bei den *postumi* documentiren sollte. Endlich blieb die Möglichkeit, diesem Dilemma dadurch zu entgehen, dass man das klare und vereinfachende Princip des Prätors adoptirte, der für alle männlichen Notherben und nur für diese namentliche Enterbung verlangte. Aus diesen Umständen erklärt sich das lange Schwanken des Rechts in diesem Punkte. Noch in der klassischen Jurisprudenz war es controvers, ob *postumi nepotes nominatim* zu exherediren seien. Ulpian verneinte es, doch siegte schliesslich die entgegengesetzte Ansicht. Für alle weiblichen *postumi* sollte *exheredatio inter ceteros* genügen, das stand schon früher fest; doch musste ihnen dann wenigstens ein Legat hinterlassen sein, *ne videantur per oblivionem praeteritae esse:* ein Beweis, wie weit man von der eigentlichen Idee dieses Rechts abgekommen war; was hier durch das Hinterlassen eines Legats garantirt werden

---

als unwahrscheinliche Annahme. Sie wird nicht gerechtfertigt durch die in Fr. 29 § 12 de lib. et post. (28, 2) beigezogenen Worte des Gesetzes, da sich aus Gai. II 134, vergl. mit Fr. § 1 de iniusto (28, 3) ergiebt, dass das »*omnis virilis sexus*« der *Lex Velleia* sich auf die namentliche Enterbung bezog. Vergl. Schmidt S. 31 n. 87; Leist, Forts. von Glück's Commentar, Serie der Bücher 37 u. 38, III S. 92.

sollte, dafür war gerade das Erforderniss des *nominatim exheredari* aufgestellt worden[1]).

Eine ähnliche Verschiedenheit wie bei der Exheredation existirt nun auch bei der Institution zwischen dem *filius* und den *ceteri sui*. Der bedingt instituirte Sohn, vorausgesetzt, dass er nicht für den entgegengesetzten Fall exheredirt ist, ist von vornherein in seinem Notherbrecht gekränkt; das Testament, in welchem ein *filius sub conditione* instituirt ist, ist also nichtig. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Bedingung *in potestate ipsius* ist; und zwar ist er dann, falls er die Bedingung nicht erfüllt, nach der in den Digesten recipirten Ansicht endgültig *summotus*[2]). Im Gegensatz hierzu heisst es von den andern Notherben: *sub omni conditione institui possunt*[3]). Controvers ist nun, ob damit gesagt sein soll, dass mit einer bedingten Einsetzung für jeden Fall dem Notherbrecht der *filiae* und *nepotes* genügt sei, oder nur, dass ihre bedingte Einsetzung als solche gültig sei, aber doch bei Deficienz der Bedingung die Präteritionsfolgen für sie eintreten. Gegen die letztere Auffassung entscheidet sich vor Allem Schmidt[4]), und zwar auf

---

1) Gai. II 132, 134; Paul. III 4b § 10; Ulp. XXII 21, 22; § 1 J. de exh. lib. (2, 13); C. 2 de lib. praet. (6, 28); vergl. Schmidt n. 173.

2) Fr. 4 pr.; Fr. 6 pr. de her. inst. (28, 5); Fr. 28 de cond. inst. (28, 7); Fr. 83 de cond. et demonstr. (35, 1); Fr. 20 § 4 de bon. lib. (38, 2).

3) Fr. 4 pr. Fr. 6 § 1 de her. inst.

4) Notherbenrecht S. 45 n. 131; zustimmend Leist a. a. O. III S. 88 n. 5, und Schröder, Notherbenrecht S. 74. Dieselbe Auffassung vertraten Förster, de bon. poss. et cet. p. 83, u. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 36 S. 387, letzterer mit der ganz unstichhaltigen Argumentirung: »Wer unter einer Bedingung gültig eingesetzt ist, kann nicht für präterirt gehalten werden« — er ist eben präterirt für den Fall, wo er nicht eingesetzt ist, den der Deficienz der Bedingung. Der entgegengesetzten Ansicht ist Francke S. 48; Arndts in Weiske's Rechtslexicon VIII S. 82; Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (1871) S. 320 f. Diese Ansicht hat aber nicht, wie Schmidt (S. 44 n. 130) sagt, »lediglich den Sinn, dass sie (die betreffenden Notherben) zwar ebenfalls präterirt seien, aber das Testament dennoch bestehen bleibe, weil ihre Präterition überhaupt nicht Ungültigkeit des Testaments herbeiführt, sondern überall nur Accrescenz«.

Grund von Fr. 1 § 8 de suis (38, 16), giebt aber gleichwohl zu, dass dieselbe »die innere Consequenz für sich zu haben scheine«. Unseres Dafürhaltens nun grenzt diese innere Consequenz hier an logische Nothwendigkeit dicht heran. Das Präteritionsrecht hält überall in strengstem Formalismus an dem Grundsatze fest, die Präteritionsfolge hat stets und in jedem Falle einzutreten, wo der *suus* weder instituirt noch exheredirt ist. Nun ist der unter einer Bedingung bloss Instituirte zweifellos im Falle der Deficienz derselben weder instituirt noch exheredirt. Somit müssen dann die Präteritionsfolgen eintreten, sonst liegt ja eine stillschweigende Exheredation vor, die es in keinem Falle geben darf. In keinem Falle? Giebt es sie nicht gerade bei dem unter einer Potestativbedingung eingesetzten *filius?* Nein, auch da nicht, wenigstens nicht im eigentlichen Sinn. Denn der die Potestativbedingung nicht erfüllende *filius* wird nicht deshalb *bonorum expers*, weil man annimmt, der Vater habe ihn für diesen Fall exheredirt, sondern weil er nicht Erbe sein will. Nicht-Erfüllung der Potestativbedingung gilt gleich dem Gebrauch des *beneficium abstinendi*[1]). Mit gutem Grunde reden die Quellen nicht davon, dass in diesem Falle der Sohn *exheres* sei, sondern sie sagen bezeichnend genug ganz vorsichtig, er sei »*summotus*«. Wenn nun trotzdem lange bestritten war, selbst in diesem Falle, »*utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni, an et si non paruerit et decessit*«, ist es dann möglich, dass die sogar unter einer casuellen Bedingung eingesetzten anderen *sui* bei deficirender Bedingung nicht als präterirt gegolten haben sollen?

Die Stelle nun, auf Grund deren Schmidt dies behauptet, sagt folgendes: *Sciendum est autem nepotes et deinceps interdum*,

---

1) Fr. 13 de leg. praest. (37, 5). Vergl. Schmidt S. 43; Leist a. a. O. III S. 56; auch, obgleich zum Theil den Vorigen widersprechend, Schröder a. a. O. S. 65 ff.

etiamsi parentes eos mortis tempore praecesserunt, *tamen posse suos heredes existere*, *quamvis successio in suis heredibus non sit. quod ita procedit: si pater familias testamento facto decesserit*, *exheredato filio*, *mox deliberante herede instituto filius decessit*, *postea deinde repudiavit heres institutus*, *nepos poterit suus heres esse . . . quoniam nec delata est filio hereditas. idem erit dicendum et si filius ex asse sub condicione quae fuit in arbitrio ipsius*, *vel nepos sub omni institutus*, *non impleta condicione decesserint . . .* »Hier wird der unter einer casuellen Bedingung eingesetzte Enkel gerade so behandelt, wie der unter einer Potestativbedingung eingesetzte Sohn; wenn auch die casuelle Bedingung bei seinen Lebzeiten sich nicht entschied, er ist doch nicht Erbe des Grossvaters geworden . . . Daraus ergiebt sich, dass der unter einer casuellen Bedingung eingesetzte Enkel nicht präterirt ist, denn wenn er das wäre, so wäre er *ipso iure* Accrescenzerbe geworden«. So einleuchtend dieser Schluss ist, scheint er mir doch nicht nothwendig. Ulpian setzt ausdrücklich voraus, dass *ex asse* (und selbstverständlich auch ohne Substituten) bedingt instituirt sei; dann aber konnte *in concreto* auch nach unserer Auffassung die Präteritionsfolge niemals eintreten. Sie hätte nämlich nur eintreten können für den Fall der Deficienz der Bedingung; gerade für diesen Fall war aber der einzige Testamentserbe nicht eingesetzt. Eine Accrescenz aber gerade und allein auf den Fall, wo keine Einsetzung da ist, ist ein Widerspruch in sich selbst; denn ein *scriptis heredibus accrescere* setzt *scripti heredes* voraus[1]). Deshalb steht der *ex asse* und ohne Substituten bedingt instituirte *nepos* dem unter einer Po-

1) Wir sagen nicht mit Scheurl (a. a. O. S. 321), dass die Accrescenz in jedes aus irgend einem Grunde destitut gewordene Testament unmöglich sei (dagegen Schröder a. a. O. S. 74), sondern nur, dass eine Accrescenz, die begrifflich nur eintritt für den Fall, wo der *scriptus heres* ein *non scriptus heres* ist, undenkbar ist.

testativbedingung ebenso instituirten *filius* gleich: die Institution ist hier wie dort gültig, und hier wie dort muss bei Deficienz der Bedingung Intestaterbfolge eintreten.

Wir glauben also trotz dieser Stelle an der entschieden consequenten Auffassung festhalten zu können, wonach die Institution der Töchter und Enkel unter einer casuellen Bedingung gültig ist, aber bei Deficienz der Bedingung die Präteritionsfolgen eintreten; während, wenn der *filius suus* so eingesetzt ist, die Präteritionsfolge, d. i. Nichtigkeit des Testaments von vorn herein und in jedem Falle eintritt. Den Grund der letzteren Besonderheit finden wir mit Francke darin, dass es höchst misslich gewesen wäre, die Existenz des ganzen Testaments lange Zeit *in dubio* zu lassen. Hieraus erklärt sich auch, warum der Prätor in der *bonorum possessio contra tabulas* nicht daran festhielt. Hier war jenen Misshelligkeiten vorgebeugt durch die Möglichkeit sofortiger Agnition der *bonorum possessio secundum tabulas*, die sich dann bei Deficienz der Bedingung in eine *contra tabulas b. p.* verwandelte. Wäre dies nicht so, wäre nach Civilrecht durch die bedingte Institution das Notherbrecht der *sui* das eine Mal schlechthin verletzt (bei dem *filius*), das andere Mal schlechthin gewahrt (bei den *ceteri sui*), wie kam dann der Prätor dazu, plötzlich ein Princip zur Anwendung zu bringen, wonach zwischen Existenz und Deficienz der Bedingung zu unterscheiden, und nur im letzten Falle, dann aber stets präterirt ist?

VII. Capitel.

Schlussbetrachtung.

Es sei uns zum Schlusse gestattet, unter Einreihung der Resultate der voraufgehenden Untersuchungen in das Ganze, einen Blick zu werfen auf die geschichtliche Entwickelung des Frauenerbrechts.

In ältester Zeit bestanden, wie wir gesehen hatten, keinerlei rechtliche Zurücksetzungen. Wir hatten dieses auffallende Factum zu motiviren geglaubt durch die Natur der Familienverhältnisse im alten Rom, durch die vollständige Gewaltunterworfenheit der Frauen, welche das Bedürfniss einer erbrechtlichen Beschränkung gar nicht entstehen liess.

In jenen Verhältnissen trat nun aber sehr bald nach den 12 Tafeln schon eine Aenderung ein. Wahrscheinlich im Anschluss an die durch das Gesetz eingeführte Entstehungsart der Manus durch Usus[1]), begünstigt vielleicht durch den Egoismus der Agnaten[2]) oder aus welchen andern Gründen[3]) immer, begann in steigender Progression neben der Manus-Ehe die freie Ehe in Anwendung zu kommen, bei welcher die Frau auch nach ihrer Verheirathung in ihrer ursprünglichen Familie blieb. Zunächst liegt hierin weiter nichts als eine Durchbrechung des

1) S. Karlowa, Die Formen der römischen Ehe mit Manus (1868) S. 69 ff.

2) S. Jhering, Geist d. röm. Rechts II S. 189 ff.

3) Vergl. Lange, Röm. Alterthümer S. 109 ff.

alten Familienprincips, oder vielmehr es wäre die Entstehung und Verbreitung dieser Eheform nicht möglich gewesen, wenn nicht in der Schroffheit des alten Familienbegriffes schon eine bedeutende Milderung eingetreten wäre. Anstatt dass die Frau unter die Gewalt des Ehemannes kam, blieb sie so in der des Vaters bezw. Tutors. Die nächste Consequenz hieraus war, dass sich mit der Zeit eine Lockerung der strengen Gewalten ergab. Denn eine Ehefrau konnte nicht mehr zu ihrem Vater oder gar einem Tutor in dem Verhältniss einer so vollständigen Abhängigkeit stehen. Aber auch in der factisch sich ergebenden Abschwächung mochte ein derartiges Gewaltverhältniss nicht nur der Frau selbst, sondern auch dem Ehemann im allerhöchsten Maasse unbequem werden. Gegen die *patria potestas* zwar, den Urtypus aller Gewalten, war nicht anzukämpfen; wohl aber gegen die Tutel. Und so begannen von nun an die verschiedenen Manipulationen zur Untergrabung der Geschlechtsvormundschaft. Auf juristischen Schleichwegen gelangte man zu neuen Tutelsgattungen, von denen schon Cicero sagt, dass nach ihnen nicht die Frauen in der Gewalt der Tutoren, sondern die Tutoren in der Gewalt der Frauen stünden: den *tutores testamentarii optivi* und den *fiduciarii tutores*, von denen die letzteren im Laufe der Zeit völlig zu Scheintutoren herabsanken und dieses Vorzugs wegen immer weitere Verbreitung fanden [1].

Die letzten Phasen dieser Entwickelung gehören freilich einer späteren Zeit an; aber schon längst vor ihnen konnten nun Frauen, besonders in freier Ehe lebende, grössere Vermögen nicht nur in ihr Eigenthum, sondern auch in factische Disposition bekommen. Nun war erst mit der freien Ehe eine bedeutsame Aenderung in der vermögensrechtlichen Stellung der Frauen gegeben, die jetzt nach dem Tode des Vaters nur in der laxen Tutel standen.

---

1) Cicero, pro Murena c. 12; Gai. I 115a, 150—154. Vergl. Karlowa a. a. O. S. 98 ff. u. 103 ff.

Eine Reaction gegen diese rapide Wandelung ist vorauszusehen. Als jetzt der griechische Luxus in grösstem Umfange in das römische Leben einzudringen begann und begreiflicher Weise bei vermögenden Frauen ganz besonders und in einer bei den einfachen und conservativen Altrömern den allerhöchsten Anstoss erregenden Weise um sich griff, als gar im Zusammenhang damit die Frauen anfingen, aus dem Kreise des Hauses und der Familie herauszutreten und auf öffentliche Dinge Einfluss auszuüben suchten[1]), da schwoll denn eine mächtige Strömung an gegen Frauen und Frauenreichthum und richtete sich vor Allem gegen das Erbrecht[2]): gewiss nicht allein aus dem Grunde, weil man vornehmlich diese als die lucrativste Erwerbsquelle hätte verstopfen wollen, sondern in der instinctiven Erkenntniss, dass die Schranken, die allein die frühere Entstehung einer erbrechtlichen Zurücksetzung verhindert hatten, jetzt zum grossen Theile gefallen waren.

In alle Zweige des Erbrechts drangen jetzt singuläre Beschränkungen der Frauen ein. Die erste derselben war wohl die Nicht-Ausdehnung des entstehenden s. g. formellen Notherbrechts auf Töchter[3]). Mit weit grösseren Schwierigkeiten verbunden, weit willkürlicher war die durch die Juristeninterpretation bewerkstelligte Ausschliessung der Agnatinnen *ultra consanguineorum gradum* von der gesetzlichen Erbfolge[4]). Es mochte gerade diese Beschränkung am dringendsten wünschenswerth erscheinen, weil hier die bedeutende Besserstellung der in freier Ehe lebenden Frau am auffälligsten zu Tage trat. Bei der strengen Ehe konnte die Frau während der ganzen Dauer der Ehe selbst überhaupt niemals nächste Intestaterbin irgend Jemandes sein, gesetzt auch, sie wäre vermögensfähig

1) Vergl. Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 87 u. 451 ff.
2) Doch nicht nur gegen das Erbrecht; vergl. die *Lex Oppia* (a. u. c. 539).
3) S. oben S. 93 f.
4) S. oben Cap. II.

gewesen[1]). Bei der freien Ehe stand sie dagegen nicht bloss rechtlich, sondern auch factisch den Männern völlig gleich; sie erbte ihr Leben lang *ab intestato* ebenso wie ihre Brüder und Vettern. — Den Höhepunkt dieser Strömung aber bildet die *Lex Voconia*, die gesetzlich sanctionirte allerempfindlichste Zurücksetzung der Frauen im testamentarischen Erbrecht, wonach keinem Weibe mehr als die Hälfte eines Vermögens zugewandt werden darf, und ein Bürger der ersten Klasse überhaupt keine Erbin einsetzen kann[2]). Einen sehr energischen Ausdruck fand endlich die *Voconiana ratio* im patronatischen Erbrecht. Das Zwölftafelgesetz hatte auch hier Weiber und Männer völlig gleichgestellt. Der Freigelassene, der keine *sui heredes* hatte, wurde beerbt vom Patron oder von der Patronin, in Ermangelung derer von den Kindern des Patrons, männlichen wie weiblichen[3]). Mittelbar nur war eine schlechtere Stellung der weiblichen Erbberechtigten nothwendig dadurch gegeben, dass der Patron (bezw. seine männlichen Descendenten) über die *Liberta* die Tutel hatte und in Folge dessen auch nicht durch ein Testament gegen seinen Willen ausgeschlossen werden konnte. Aber das war keine gesetzliche Bevorzugung. Als nun aber der Prätor im siebenten Jahrhundert der Stadt zum Ersatz für die von ihm ausgegangene bedeutende Einschränkung der Erlaubniss, den Libertus bei der Freilassung zu bestimmten Leistungen zu verpflichten[4]), ein patronatisches Pflichttheilsrecht schuf, da

---

1) S. oben S. 4.

2) Alles Nähere s. oben Cap. III.

3) Dass die Kinder der Patronin nicht berufen waren, war natürlich keine Zurücksetzung der Frauen, sondern eine Consequenz des die 12 Tafeln beherrschenden streng agnatischen Princips, wonach eben eine Frau keine Kinder im Sinne des Gesetzes *i. e. sui* haben konnte. Gegen die Annahme einer später erfolgten Ausschliessung der Weiber s. Huschke, Studien d. röm. R. (1830) S. 34 ff.

4) S. darüber Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus und Parens-Manumissor (1868) S. 8 ff.

wurden ausdrücklich alle Weiber von diesem Rechte ausgeschlossen[1].

So sehen wir bis zu diesem Punkte im römischen Recht gerade die umgekehrte Entwickelung, wie bei allen andern Völkern. Aber eben nur scheinbar, nur äusserlich betrachtet. Jene älteste Gleichstellung war ja nur eine formell gesetzliche. weit entfernt, in der Anwendung auf die gegebenen Lebensverhältnisse auch materiell das zu sein. Die Beschränkungen, die nachträglich in das Recht eindrangen, waren nur das Gegengewicht zu den auf der andern Seite aus der Umgestaltung der Lebensverhältnisse entspringenden Freiheiten. Ist dies so, so konnte dieses Gegengewicht nur bis zu einer bestimmten Schwere verstärkt werden. War die Grenze erreicht, war das der Zeit entsprechende Gleichgewicht dadurch hergestellt, so war dem Reactionsbedürfniss Genüge geschehen; und ungetrübt trat wieder das allgemeine Entwickelungsprincip zu Tage: Stetiger Fortschritt von der bestehenden Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts zu dessen allmählicher Gleichstellung.

Schon Cicero's Invectiven gegen die *Lex Voconia* und ihre ganze Tendenz[2]) illustriren es, dass man an dieser Grenze angelangt war oder vielleicht sie schon überschritten hatte. Mehr noch die Restrictivinterpretation jenes Gesetzes, und seine Umgehung durch Fideicommisse[3]. Vor Allem aber die Schöpfung des Accrescenzrechtes für präterirte Töchter, die wir wohl um die ciceronianische Zeit anzunehmen haben[4]. Weitere Modificationen im gleichen Sinne traten nun ein mit der Ausbildung des prätorischen Instituts der *bonorum possessio*. Wir folgen hier der Ansicht, dass die *bonorum possessio* zunächst ein

---

1) Gai. III 45, 46, 49. Ulp. XXIX 5, 6.

2) Cic. in Verr. II l. 1 c. 44; de republ. III 10: *cur enim pecuniam non habeat mulier?*

3) S. oben S. 28 f., 49 ff., 79.

4) S. oben S. 93 ff.

»magistratisch autorisirter Erbrechtsbesitz« war, aus welchem Bedürfniss sie immer eingeführt sein möge, und dass die ursprünglich dazu berechtigten Personen nur die civilrechtlichen Erben waren[1]. Natürlich kann von Modificationen des Civilrechts erst, nachdem die *bonorum possessio* über dieses erste Stadium hinausgeschritten ist, die Rede sein. Nach Leist's ausführlichen Untersuchungen waren nun zu Cicero's Zeit nur die confirmatorischen Bestandtheile des Instituts vollkommen entwickelt, während die suppletorischen wenigstens noch nicht fixirt, nur dem *arbitrium* des Prätors unterstanden, die correctorischen noch gar nicht existirten[2]. Der Prätor ertheilte die *bonorum possessio* zuvörderst *ex testamento*, dann *ex lege* und in Ermangelung eines solchen civilrechtlich legitimirten Erben lediglich auf Grund der *aequitas*[3]. Schon damals wird es wohl der Prätor für *aequum* gehalten haben, den nach Civilrecht ausgeschlossenen Agnatinnen, wenn kein Erbberechtigter sonst vorhanden war, auf diesem Wege ein Recht am Nachlass zu verschaffen. Ein festes Recht aber bekamen sie, als die suppletorischen Bestandtheile der *bonorum possessio* sich zu der Klasse *unde cognati* (und *unde vir et uxor*) krystallisirten, womit endgültig ihr Ausschluss vom Erbrecht in eine blosse Zurücksetzung umgewandelt war. Dass hier die weiblichen und männlichen Cognaten bis zum sechsten bezw. siebenten Grad[4]) ganz gleichmässig berufen wurden, ist zugleich ein Beweis, wie man jetzt jede Consequenz der *Voconiana ratio* bereits abschnitt; denn es

---

1) Leist in Glück's Commentar, Serie der Bücher 37 u. 38, speciell Bd. 1. Die verschiedenen Ansichten über Entstehung der *b. p.* s. bei Vangerow, Pandecten II § 398; Leist a. a. O. S. 38—44; Windscheid, Pand. III § 532 n. 4; Kuntze, Excurse S. 606—610; Danz, Lehrb. II S. 143 ff. (§ 176); Pernice, Labeo S. 336 ff. Des Besonderen Leist a. a. O. S. 116—164; S. 271—292 u. s. w.

2) Leist S. 47—86, bes. S. 76 u. 87 f. Die wichtigsten Quellenstellen: Cic. in Verr. II l. 1 c. 44—46; orat. part. 98.

3) »*quid aequius aequissimumve sit*« Cic. orat. cit.

4) Fr. 1 § 3 unde cogn. (38, 8); § 5 J. de succ. cogn. (3, 5).

wäre doch nichts natürlicher gewesen als das Princip, Agnatinnen vom dritten Grad an sind von der Erbfolge ausgeschlossen, analog auf die Cognaten auszudehnen. Wie die suppletorische, so brachte auch die Entstehung der correctorischen, der *bonorum possessio contra tabulas*[1]), den Frauen eine Erweiterung ihrer Erbbefugnisse. Der Prätor führte hier das Muster des Intestaterbrechts vollkommen durch und gab der präterirten *sua* wie allen seinen Notherben das Recht, dem eingesetzten *extraneus* die ganze Erbschaft zu avociren[2]). Wie dort mit einer Consequenz der civilen Intestatbeschränkung, so brach man hier mit einer Consequenz der *Lex Voconia*[3]). Zu alledem stimmt vollkommen, dass das wichtigste erbrechtliche Gesetz der Zeit, die *Lex Julia et Papia Poppaea*, seinen neuen Principien, die es in das testamentarische Erbrecht hineintrug, keine Unterscheidung zwischen Männern und Weibern zu Grunde legte[4]). Die weiberfreundliche Tendenz des Gesetzes documentirte sich aber auch positiv, indem es bei seinen Umgestaltungen des patronatischen Pflichttheilsrechts zwar noch in beschränktem Maasse, aber doch in bedeutsamem Fortschritt gegenüber dem früheren prätorischen Recht, die Weiber mit berücksichtigte[5]).

Zur Zeit des Augustus sind somit in sämmtlichen Erbbeschränkungen der Frauen schon sehr energische Milderungen eingetreten. Allein mit der blossen Milderung von ausdrücklich normirten Zurücksetzungen war es gar nicht überall gethan.

---

1) Zur Entstehung derselben Anhang I.

2) Die Einzelheiten dieses Rechts s. bei Francke, Notherbenrecht S. 120 ff.; Schmidt, Notherbenrecht S. 96 ff.; Leist a. a. O. II S. 21—81; III § 1605 u. 1606, speciell von S. 102 an.

3) Vergl. oben S. 95.

4) S. oben Cap. IV.

5) Die Einzelheiten dieses complicirten, nicht in allen Punkten klar stehenden Rechts s. Gai. III 42-53; Ulp. XXIX 3—7. Dazu Huschke, Studien (1830) S. 26—58; Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patrons S. 14 ff.

Auch ohne solche ausdrückliche Normirung konnte durch andere Verhältnisse die erbrechtliche Stellung der Frauen eine viel schlechtere sein wie die der Männer. So stand z. B. die Patronin der Liberta erbrechtlich weit schlechter gegenüber wie der Patron, deshalb nämlich, weil sie nicht die Tutel über dieselbe hatte, und die Liberta in Folge davon unabhängig von ihr willkürlich testiren konnte. Und hierauf hatte auch die *Lex Papia* Rücksicht genommen und hatte, um dies einigermaassen auszugleichen, speciell den weiblichen Patronen einen Pflichttheil gegenüber der Liberta gewährt (wie überall unter der Voraussetzung von Kindern[1]). Ganz ähnlich aber stand es in der immer mehr zur Regel werdenden freien Ehe mit dem Erbrecht der weiblichen Ascendenten, speciell der Mutter gegenüber ihren Kindern. In der alten Manus-Ehe hatte die Frau ihren Gatten als *sua*, ihre Kinder als *consanguinea* beerbt. In der freien Ehe dagegen stand sie — wenn wir von der *bonorum possessio unde cognati* und *unde vir et uxor* absehen — mit beiden in gar keinem Erbnexus. Auch hier existirte keine singuläre Erbbeschränkung. Und doch stand der Vater bezw. Ascendent seinen Kindern ganz anders gegenüber. Auch er hatte zwar nicht ein civiles Erbrecht als Vater; aber er bedurfte dessen auch gar nicht, weil er das Kind in der *potestas* hatte — gerade wie dort der Patron kein Pflichttheilsrecht gegenüber der Liberta nöthig hatte, weil er ihr Tutor war. Das Kind *in potestate* erwarb überhaupt nichts Eigenes, sondern Alles direct für den Gewalthaber, und was ihm dieser als *peculium* etwa eingeräumt hatte, fiel von selbst *jure peculii* nach dem Tode des Kindes an den Vater zurück[2]. Und sogar dann, wenn der Vater das Kind emancipirt hatte — was ja

---

1) Gai. III 52; Schmidt a. a. O. S. 19 ff.

2) So selbst das *peculium castrense;* erst in der christlichen Kaiserzeit begann sich das Erbrecht in das *peculium adventicium* auszubilden. S. Vangerow, Pandecten II S. 39 ff.

rein von seinem freien Willen abhing — stand ihm noch als *parens manumissor* das Erbrecht des Patrons zu [1]. Wenn man nun schon der Patronin zu Hilfe kam, die, weil sie keine Tutel haben konnte, der Liberta schlechter berechtigt gegenüberstand als der Patron, wie viel mehr musste man suchen, eine Zurücksetzung der Mutter auszugleichen, die, weil sie unfähig zur *potestas* war, dem Nachlass des Kindes fast rechtlos gegenüberstand. So heisst es denn schon von Kaiser Claudius, er habe der Mutter ein gesetzliches Erbrecht gegeben *ad solacium liberorum amissorum* [2]. Wie dies aber des Näheren geschah, ist nicht überliefert. Die epochemachende Bestimmung über diesen Punkt war jedenfalls das *senatus consultum Tertullianum* unter Hadrian. Hierdurch wurde nun die Mutter, die das *ius trium liberorum* hatte [3], in die Reihe der gesetzlichen Erben eingeschoben. Sie kam zur Erbschaft hinter den Kindern [4] des Verstorbenen, wenn nicht der Vater zur *hereditas* oder der *bonorum possessio cum re* berufen war, in welchem Falle er sie auch als blosser Cognat ausschloss [5]; ebenso wurde sie so ausgeschlossen durch einen *frater consanguineus*, während sie neben *sorores consanguineae* auf die Hälfte erbte [6]. Besonders auffallen muss uns hierbei dieses Letztere: In einem Erbrecht, das eingeführt wurde zu Gunsten einer zurückgesetzten weiblichen Verwandten, wurde zugleich eine ganz neue Zurücksetzung einer anderen weiblichen Verwandten statuirt; zum ersten Male erschien hier das Erbrecht der *soror consanguinea*,

1) Die Einzelheiten dieses Rechts s. bei Schmidt a. a. O. S. 131 ff.

2) pr. J. de sen. cons. Tert. (3, 3).

3) S. bes. Paul. IV 9.

4) Ueber die späteren Ausdehnungen dieses Begriffes der »*liberi*« vergl. Fr. 2 § 9 h. t. (38, 17); § 3 J. h. t. (3, 3); C. 1, 4 ad S. C. Orphit. (6, 57); C. 11 de suis et leg. (6, 51); C. 3 C. Th. de legit. (5, 1).

5) Ulp. XXVI 8; § 3 J. cit.; Fr. 2 § 15 seqq.; Fr. 3 h. t.; Fr. 10 de suis (38, 16); C. 2 h. t. (6, 56).

6) Ulp. XXVI 8; C. 7 pr. h. t.; § 3 J. cit.; Nov. 22 c. 47 § 2.

das sonst in keinem Punkte von dem des *frater consanguineus* abwich, als ein schwächeres.

Diese Thatsache gewinnt an Bedeutung, wenn wir betrachten, wie es mit den anderen erbrechtlichen Besonderheiten in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit stand. Zwar die *Lex Voconia* war durch die für die Fideicommisse eingeführte Klagbarkeit ziemlich bedeutungslos geworden und sank in der Folgezeit immer mehr in ein Nichts zurück[1]. Es war dies aber wohl mehr der Unbeliebtheit speciell dieses, jetzt auch etwas plump erscheinenden Gesetzes, als der Missbilligung seiner *ratio* zuzuschreiben. Denn die anderen Beschränkungen erfuhren jetzt bis auf die christliche Kaiserzeit herab keinerlei weitere Milderung. Besonders ist vielmehr gerade das Gegentheil zu behaupten von der inneren Ausgestaltung des formellen Notherbrechts. Hier wurden die bestehenden Gegensätze zwischen Ruptions- und Accrescenzerben mit der schärfsten Consequenz aufrecht erhalten und vertieft; ja, indem man das Erforderniss der namentlichen Enterbung auf die Letzteren nicht ausdehnte, schuf man eine neue, ganz unmotivirte Zurücksetzung[2]. Es ist dies um so auffallender, als doch der Prätor bei Schöpfung seiner *bonorum possessio contra tabulas* ganz ostentativ die Gleichstellung aller formellen Notherben und die Verwischung der bestehenden Gegensätze angestrebt hatte. Ganz die entgegengesetzte Tendenz zeigt sich nun aber auch bei der Fortbildung dieses Instituts im Einzelnen. Zwar behandelte der Prätor noch in Bezug auf die bedingte Einsetzung seine Notherben gleichmässig: er konnte wohl gar nicht anders, weil der Grund, der die civilrechtliche Unterscheidung rechtfertigte, hier nicht vorlag. Die Unterscheidung aber zwischen *nominatim* und bloss *inter ceteros* zu exheredirenden Notherben nahm er

1) S. oben Cap. V.

2) S. oben S. 100.

— obschon er doch die Verschiedenheit von Ruptions- und Accrescenzerben principiell nicht kannte — in bewusster Absicht aus dem Civilrecht herüber und veränderte, um die Tendenz noch klarer hervortreten zu lassen, sogar die Grenzlinie: namentliche Enterbung für alle männlichen *liberi*, *exheredatio inter ceteros* für alle weiblichen[1]. Den eclatantesten Ausdruck fand endlich diese rückläufige Strömung in dem Rescript des Kaisers Marc Aurel: *suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure accrescendi consequerentur*. Der Satz wurde in natürlicher Consequenz auch auf *emancipatae* ausgedehnt, sodass von nun an alle weiblichen Notherben auch durch das prätorische Recht nicht mehr als ihren Accrescenztheil bekommen konnten[2].

So erkennen wir in der Epoche von der Mitte des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit bis gegen Ende der klassischen Jurisprudenz im allgemeinen das Streben, an den bestehenden erbrechtlichen Zurücksetzungen der Frauen stricte festzuhalten. ja sie in einzelnen Punkten zu vermehren, also wiederum eine gewisse Reaction gegen die entschieden weiberfreundliche Richtung der Zeiten Cicero's und August's. Es ist vielleicht kein Zufall, dass gerade in dieselbe Epoche auch die bedeutendste Einschränkung oder besser der Anfang vom Ende der Geschlechtstutel fällt. Die *Lex Papia* hatte von der Tutel alle Frauen mit dem *ius trium liberorum* eximirt[3]; eine *Lex Claudia* hob die einzige noch reelle Tutel der Frauen, die gesetzliche, auf, mit Ausnahme der des Patrons und des *parens-manumissor*[4]: wohl möglich, dass, ähnlich wie die frühere grosse Strömung gegen die Frauen, so auch diese schwächere nur eine Reaction gegen ihre erweiterte Dispositionsfreiheit war.

---

1) Gai. III 129, 135; Ulp. XXII 23; § 3 J. de exh. lib. (2, 13). Vergl. übrigens betreffs einiger Schwierigkeiten Leist a. a. O. III S. 138—142.

2) Gai. II 125, 126. Dazu Anhang II.

3) Gai. I 145, 194. 4) Gai. I 157, 161.

Wie dies nun auch zusammenhängen mag, jedenfalls war es das letzte Aufflackern solcher Bestrebungen. Von der christlichen Kaiserzeit an beginnt wieder der Fortschritt, um nicht mehr gehemmt zu werden.

In diese Zeit fällt zunächst wohl das völlige Verschwinden der *Lex Voconia*[1]); ebenso die bedeutende Erweiterung des papischen patronatischen Erbrechts, indem dessen Abhängigkeit vom Kinderhaben aufhörte[2]). Das Intestaterbrecht der Mutter erfuhr einige im Einzelnen weniger interessante Umwandlungen durch Constantin[3]) (anno 321), durch Theodosius II und Valentinianus III[4]) (anno 426) und endlich durch Justinian[5]) (anno 528), welcher besonders die Abhängigkeit auch dieses Rechts vom *ius liberorum* beseitigte. Das Recht der Mutter, wie es jetzt galt, kann dem des Vaters gegenüber nicht mehr als ein schlechteres, sondern nur noch als ein qualitativ anderes bezeichnet werden[6]). Und nun wurden in rascher Folge von Justinian alle noch bestehenden Zurücksetzungen der Frauen beseitigt. Durch C. 14 de leg. her. (6, 58) anno 531 verwarf der Kaiser unter ausdrücklicher Berufung auf das Zwölftafelgesetz den Ausschluss der Agnatinnen von der *legitima hereditas*. In demselben Jahre stellte C. 4 de lib. praet. (6, 28) alle formellen Notherben im civilen wie im prätorischen Recht einander gleich. Und bei der zur gleichen Zeit durch C. 4 de bon. lib. (6, 4) erfolgenden Neuregulirung des patronatischen

1) S. oben S. 80.

2) S. Schmidt, Pflichttheilsr. d. Patrons S. 26.

3) C. 1 C. Th. de leg. her. (5, 1).

4) C. 7 C. Th. eod., deren Inhalt übrigens bestritten. S. Danz, Lehrb. II S. 130, andererseits Vangerow, Pand. II S. 38.

5) C. 2 de iur. lib. (8, 58) und C. 7 ad sen. cons. Tert. (6, 56).

6) Wie sich am deutlichsten darin zeigt, dass, wenn das Kind als *homo sui iuris* verstirbt, die Mutter mit dem Vater »*aequa lance*« $^2/_3$ des Niessbrauchs erbt, und die Geschwister die *proprietas* mit dem restirenden Niessbrauchsdrittel.

Erbrechts (das inzwischen für West-Rom durch die Novelle Valentinian's III vom Jahre 447 eine weitere Aenderung erfahren hatte [1]), war von keinerlei Zurücksetzung der Frauen mehr die Rede [2]. — Der aus dem *Tertullianum* stammende Vorzug des *frater consanguineus* war schon in C. 7 ad sen. cons. Tert. cit. dahin modificirt worden, dass dieser von nun an die Mutter nicht mehr ausschliessen sollte; aber sie bekam neben Brüdern oder Brüdern und Schwestern (*legitimis vel solu cognationis iura habentibus*) nur einen Kopftheil, während ihr neben Schwestern allein, wie früher, die Hälfte verblieb. Novelle 22 cap. 47 § 2 hob auch diese Unterscheidung auf (anno 536). So brachte die grosse Umgestaltung der Novelle 118, die endlich das Princip der reinen Cognation im gesetzlichen Erbrecht durchführte, den Umsturz nur noch einer Schranke mit sich: der vor den höheren weiblichen Ascendenten. Und hiermit fiel der letzte Rest einer besonderen erbrechtlichen Stellung der Frauen.

---

1) S. darüber Schmidt a. a. O. S. 27 f.
2) Schmidt S. 29 ff.

Anhang I. Zur Entstehung der *bonorum possessio contra tabulas*.

Wenn die *bonorum possessio* sich streng an das Civilrecht anschloss, wieso gab es dann nicht von vornherein die dem civilen formellen Notherbrecht correspondirende prätorische Erbklasse? Es liegt dies, so befremdend es auf den ersten Anblick ist [1], doch, wie uns scheint, vollkommen in der Sache begründet.

Noch zu Cicero's Zeit konnte die *bonorum possessio secundum tabulas* nur aus einem civilrechtlich gültigen Testamente ertheilt werden. Sie galt einfach als *non data*, wenn sich die Ungültigkeit des Testaments herausstellte [2]. Hieraus folgt, dass für den präterirten *filius suus*, wie für den agnascirenden *postumus* eine besondere *bonorum possessio contra tabulas* sinn- und zwecklos gewesen wäre, denn die civilrechtliche Nichtigkeit des Testaments berechtigte ihn ja sofort zur *bonorum possessio ex lege (s. intestati)* [3]. Dass aber das Accrescenzrecht der *ceteri sui* nicht zur Bildung einer neuen possessorischen Erbklasse Anlass geben konnte, ist sehr begreiflich: man konnte ihnen ja auch ganz gut *ex testamento* als *quasi scriptis heredibus* die *bonorum possessio* ertheilen.

Eine völlige Veränderung der Sachlage trat aber mit einer augenscheinlich sehr bald nach Cicero [4] entstandenen Fortbildung der *bonorum possessio secundum tabulas* ein. Folgend

---

1) Vergl. Schmidt, Notherbenrecht S. 66; auch Fabricius, Ursprung u. Entw. d. *b. p.* S. 36.

2) Vergl. Leist a. a. O. I S. 83 ff.; S. 447, 451, 458 ff., 463.

3) Vergl. Leist II S. 107 n. 26; Fabricius a. a. O. S. 37 f.

4) Leist I S. 467 n. 90.

dem Bestreben dieser ganzen Zeit, den letzten Willen nicht *temere* untergehen zu lassen[1], versprach der Prätor jetzt die *bonorum possessio* zu ertheilen aus jedem mit *testamenti factio* errichteten Testamente, das nur *septem signis signatum* war, mochte es auch im Uebrigen *non iure factum*, *irritum* oder *ruptum* sein[2]. Hiermit war entfernt nicht beabsichtigt, solche Testamente entgegen dem Civilrecht aufrecht zu erhalten. Der Prätor schützte einen solchen *bonorum possessor*, sobald sich die Ungültigkeit des Testamentes herausstellte, in keinem Falle gegen den berechtigten Civilerben[3]. Nur den rein prätorischen Erben, die doch auch kein strenges Recht, sondern die Billigkeit berufen hatte, sollte der in einem aus formalen Gründen ungültigen Testamente Eingesetzte vorgehen. Damit war aber immerhin die Weiterdelation der *bonorum possessio* an die folgende Klasse ausgeschlossen. Das Testament konnte sich als *irritum* herausstellen: darum wurde die *bonorum possessio* nicht *non data*, wenn es nur den vom Prätor verlangten Voraussetzungen entsprach. Somit war jetzt dem präterirten *filius* und dem agnascirenden *postumus* die Möglichkeit entzogen, zur *bonorum possessio intestati* zu gelangen. Wollte man nun nicht gegen alle Billigkeit und Tradition diesen Notherben ein für alle Mal die prätorischen Rechtsmittel verweigern, so musste man sie nothwendig vor der *bonorum possessio secundum tabulas* zur Agnascirung zulassen: hiermit war sofort eine *bonorum possessio contra tabulas*, als erste prätorische Erbklasse überhaupt, gegeben. Auf diese Weise erklärt sich auch, wie in so überraschend kurzer Zeit nach ihrem ersten Erscheinen die

---

1) Vergl. dazu oben S. 94 u. 100.

2) Gai. II 119, 147; vergl. Leist I S. 82 ff. u. 463 ff.; IV S. 150 ff. (Ziff. 28 ff.); Francke, Notherbrecht S. 106.

3) Die Aenderung unter Marc Aurel, betreffs des *testamentum non iure factum* s. Gai. II 120. Dazu bes. die Ausführungen von Fabricius a. a. O. S. 113 ff.

Klasse schon so fest formirt sein konnte, dass es möglich war, die Ausdehnung auf *emancipati* vorzunehmen[1]. Bei ihrem ersten Erscheinen war sie eben nicht ein neues Recht, das noch der Festigung und Ausbildung bedurft hätte, sondern nur die Transformation eines bestehenden. Hiermit erklärt sich ferner die besondere Stellung, die stets der *filius suus* in diesem Rechte einnahm: sein Recht hatte vorher als *bonorum possessio intestati* bestanden und blieb daher auch materiell das[2].

Anhang II. Zu dem Rescripte Marc Aurel's: »*suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure accrescendi consequerentur*«. Gai. II 125, 126.

Sollte sich dieses Rescript nicht vielleicht auch auf die *nepotes* mit bezogen haben? Es ist nur von »*suae feminae*« die Rede. Aber die *filia* ist ja überhaupt die Repräsentantin der *ceteri sui*, der Accrescenzerben, die *nepotes* sind nur das Anhängsel. Gerade im vorhergehenden § hat Gajus durch seine Diction den Beweis davon gegeben und ausdrücklich hinzugefügt: *quae de filia diximus, eadem et de nepote et cet . . . dicta intellegimus.* Dann hebt er die Ungereimtheit hervor, dass das prätorische Recht hier mit dem civilen nicht übereinstimmte (*hoc iure utebamur*), welcher Zustand aber geändert sei durch das kürzlich erfolgte Rescript. Demnach scheint es doch, dass dieses Rescript die Discrepanz des civilen und des prätorischen Rechts beseitigen wollte und beseitigte, dass also die Reduction auch die Enkel mit ergriff. Sehr energisch scheint mir aber für diese Annahme C. 4 de lib. praet. (6, 28) zu sprechen. Gleich anfangs weist Justinian darauf hin, wie inconsequent

1) Sie bestand schon zu Labeo's Zeit: Fr. 8 § 11 h. t. (37, 4).

2) Dass wirklich für den *suus* allein die *b. p. c. t.* ursprünglich eingeführt wurde, folgert Francke (a. a. O. S. 122) auch aus Fr. 1 pr. u. § 6 h. t. Vergl. auch Leist III S. 158 ff.

es sei, dass man »*inter nepotes exheredandos alia iura civilia, alia praetoris*« eingeführt habe. Diese Worte beziehen sich offenbar nur auf die Unterscheidung in Betreff der namentlichen Enterbung. Existirte nun auch in Betreff der Präteritionsfolgen noch dieselbe Verschiedenheit, wie kommt es, dass Justinian nicht darauf auch hinweist? Noch viel entschiedener aber spricht für uns § 6 und 7 eod.: »*Sancimus itaque . . . et in scriptura testamentorum eas (sc. feminas) honorari et similibus verbis exheredationes nominatim procedere et contra tabulas possessionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur. Et haec non solum in filiabus obtinere sed etiam in nepotibus et in neptibus et deinceps observari censemus*«. — Es widerspricht uns allerdings direct Theophilus II. 13 § 3. Allein wäre es nicht sehr wohl möglich, dass dieser, seine Kenntniss des fraglichen vorjustinianischen Rechts selbst nur aus Gajus und unserer Constitutio schöpfend, von dem äusseren Scheine dieser Stellen zu jenem nahe liegenden Irrthum verführt worden sei?

Berichtigung.

S. 1 Z. 4 v. o. lies männlichen statt männlicher.
S. 20 in n. 1 lies unten S. 82 ff.
S. 21 in n. 1 lies unten S. 108 ff.

Rechtswissenschaftliche Schriften.

Geschichte des römischen Rechtes:

Danz, H. A. A., **Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts.** 2 Theile. 2. Aufl. XII, 273 S. u. V. 225 S. gr. 8. 1871 u. 1873. ℳ 10. Eleg. geb. ℳ 11. 50.

Heyrovský, Leopold, **Über die rechtliche Grundlage der leges contractus** bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten. VIII. 108 S. gr. 8. 1881. geh. ℳ 3.

Jhering, Rud. v., **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.**

1. Theil. (Mit dem Sach- und Quellenregister zu den bisher erschienenen 4 Bänden.) 4. Aufl. XIV, 361, LXVI S. gr. 8. 1878. ℳ 10.
2. Theil. 1. Abtheilung. 4. Aufl. X, 308 S. gr. 8. 1881. geh. ℳ 7. 50.
2. Theil. 2. Abtheilung. 4. Aufl. XXIII, S. 309—674. gr. 8. 1883. ℳ 9.
3. Theil. 1. Abtheilung. 3. Aufl. X, 354 S. gr. 8. 1877. ℳ 9.

—— Dasselbe. Supplementband. Sach- und Quellenregister zu den bisher erschienenen 4 Bänden. LXIV. gr. 8. 1878, ℳ 1. 20.

—— **Bedeutung des römischen Rechts** für die moderne Welt Abdruck aus der 2. Aufl. von des Verfassers »Geist des römischen Rechts«. 19 S. gr. 8. 1865. geh. ℳ —. 50.

Puchta, G. F., **Kursus der Institutionen.** Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Prof. Paul Krüger.

1. Band. A. u. d. T.: Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk, mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses. 9. Aufl. 1881. XVI, 582 S. gr. 8. geh. ℳ 8.
2. Band. A. u. d. T.: System und Geschichte des römischen Privatrechts. 9. Aufl. 1881. XIV, 544 S. gr. 8. geh. ℳ 8.

Band 1 und 2 eleg. geb. ℳ 19.

Röder, K. D. A., **Grundgedanken und Bedeutung** des römischen und germanischen Rechts. IV, 137 S. gr. 8. 1855. geh. ℳ 2.

Schlossmann, S., **Der Besitzerwerb durch Dritte** nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung. X, 175 S. gr. 8. 1881. geh. ℳ 4. 50.

Schmidt, K. A., **Das Interdiktenverfahren der Römer.** VIII, 350 S. gr. 8. 1853. geh. ℳ 4. 20.

Schulz, K., **Zur Literärgeschichte des Corpus juris civilis.** Festgabe zum fünfzigjährigen Amtsjubiläum seiner Excellenz des Herrn Reichsgerichtspräsidenten Dr. Eduard Simson am 22. Mai 1883. 34 S. gr. 8. 1883. geh. ℳ 1.

